



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NNA MIGRANTES
EN CHILE**

**ANÁLISIS EN BASE A LA NORMATIVA INTERNACIONAL E
INSTITUCIONES INTERAMERICANAS Y NACIONALES**

Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales

Daniel José Saint-Jean Sierpe

Valentina Maurer Retamal

PROFESORA GUÍA: LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Santiago de Chile,

2022

DEDICATORIA

A todos los niños, niñas y adolescentes latinoamericanos migrantes silenciados por una institucionalidad que los condena a la invisibilización.

Para que su inocencia conduzca a su felicidad y no a la vulneración de su dignidad.

ABREVIATURAS

CA: Corte de Apelaciones

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CDN: Comité de los Derechos del Niño

CIDH: Comisión Americana de Derechos Humanos

CMW: Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CS: Corte Suprema

DIDH: Derecho internacional de los Derechos Humanos

DL: Decreto Ley

NNA: Niños, niñas y adolescentes

NNAM: Niños, niñas y adolescentes migrantes

OC: Opinión Consultiva

SENAME: Servicio Nacional de Menores

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ÍNDICE

CAPÍTULO I: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	12
1. El fenómeno de la migración y el lugar que ocupan en ellas niños, niñas y adolescentes.....	12
2. Análisis contextual sobre migración de NNA.....	14
3. Concepto de vulnerabilidad de NNA migrantes.....	16
4. Marco normativo internacional sobre la protección de NNA migrantes.....	19
4.1 Convención sobre los Derechos del Niño.....	20
Informe del Comité de Derechos del Niño para Chile (2018).....	24
4.2 Artículo 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	28
4.3 Convención Internacional de la protección de los trabajadores migrantes y su familia	29
4.4 Informe Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.....	33
5. Análisis de jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de DDHH sobre NNA migrantes.....	39
5.1 Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia (2013)	39
Violación al artículo 19 de la CADH	39
Protección a la familia	41
Principio de no retorno	44

Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia	45
5.2 Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana (2014).....	45
Derecho a la identidad y a la nacionalidad	47
Interés superior del niño	49
Análisis minucioso y especial de la situación del NNA	51
Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia	52
5.3 Opinión consultiva OC-25/18 “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección”.....	54
Niños, niñas y adolescentes frente al asilo	55
5.4 Opinión consultiva OC 21/14 sobre los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional	57
 CAPÍTULO II: CHILE ANTE LA MIGRACIÓN DE NNA.....	 63
1. Características migración de NNA en Chile.....	63
1.2 Base normativa legal en materia migrante	65
2. Marco normativo constitucional chileno sobre la protección de los derechos de los NNA migrantes.	68
2.1 Respeto y promoción de Tratados Internacionales ratificados por Chile (Artículo 5° CPR)	69
2.2 Derecho a la educación (Artículo 19 N°10 CPR)	72
2.3 Derecho a la salud (Artículo 19 N°9 CPR).....	76

3.	Normativa constitucional relativa a NNA migrantes	80
4.	Expulsión administrativa de extranjeros y consideración a derechos de la niñez	83
4.1	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	83
4.2	Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones.....	92
5.	Instituciones nacionales de protección hacia NNA migrantes	98
5.1	Servicio Nacional de Menores (SENAME):	98
5.2	Convenios intersectoriales:.....	99
a)	Convenio de Colaboración Mesa Intersectorial de Trata (2008).....	100
b)	Convenios de Colaboración con el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2010):	100
c)	Convenio de Colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores (2017)	101
5.3	Defensoría de la Niñez	103
CAPITULO III: NNA MIGRANTES EN CONTEXTO DE PANDEMIA		108
1.	Sistema internacional.....	111
a)	Interés superior del niño	111
b)	Supervivencia y desarrollo	114
c)	Participación y libertad de expresión.....	117
d)	Igualdad y no discriminación	119
2.	Sistema nacional	123

a)	Interés superior del niño	123
b)	Supervivencia y desarrollo	127
c)	Participación y libertad de expresión.....	133
d)	Igualdad y no discriminación	136
CONCLUSIONES		141
BIBLIOGRAFÍA		145

RESUMEN

En la presente tesis se analizará la situación migratoria de niños, niñas y adolescentes en Chile y América Latina, visualizándolo a la luz de la normativa, tratados y jurisprudencia nacional e internacional. Se buscará desmenuzar el sistema de protección institucional, constitucional y legal de los derechos humanos de NNA migrantes especialmente en Chile, buscando responder a la interrogante sobre si la omisión en la Constitución chilena de los NNA y las personas migrantes trasciende en políticas públicas, normativas e instituciones que no se hacen cargo de sus necesidades y vulnerabilidades, condicionando el goce de sus derechos humanos.

Introducción

En los últimos años, el fenómeno de la migración ha copado la atención de los medios internacionales, la opinión pública y las políticas en torno a su regulación. Mientras los conflictos nacionales se acentúan y la crisis ecológica sigue a paso firme, el traslado de personas que abandonan su lugar de origen en busca de un mejor porvenir constituye un desafío para cualquier agenda legislativa y sistema jurídico, que ineludiblemente debe adaptar su planteamiento frente a un tema que puede ser tan enriquecedor como foco de disputas ideológicas.

La icónica imagen de un niño sirio yaciendo en la orilla de la costa suroeste de Turquía el año 2015 no solo le agregó una portada a la crisis humanitaria aún se vive en Medio Oriente, sino que dio a conocer de una manera tan cruda como simbólica la realidad a la que millones de niños, niñas y adolescentes migrantes¹ deben enfrentarse en conflictos en los que forman parte como víctimas inocentes de un mundo adulto difícil de comprender. Durante aquel periodo (2015-2016), en 80 países se registró por lo menos a 300.000 menores de edad no acompañados o separados que se trasladaban a lo largo de las fronteras, casi cinco veces más que los 66.000 que se registraron en 2010-2011². En los dos últimos años, ciertas regiones se han visto particularmente afectadas. En el Sahel central, más de un millón de NNA se han visto obligados a huir a causa de la inseguridad y conflictos armados y la inseguridad, lo que supone un aumento del 64% con respecto a 2019³; mientras que solo en los primeros 10 meses de 2021, cruzaron la selva que divide Colombia con Panamá casi tres veces más NNA, de todo el continente sudamericano, que el número registrado durante los cinco años anteriores juntos⁴.

¹ En adelante NNA migrantes o NNAM.

² UNICEF. (2017). Niños y niñas migrantes y refugiados. Resumen Ejecutivo, pp. 2-4.

³ UNICEF. (2021) Acción Humanitaria para la Infancia 2021, p. 3.

⁴ UNICEF: 2021 registra el mayor número de niños y niñas migrantes que cruzan la selva del Darién hacia EEUU. *UNICEF*.

El continente americano no ha quedado ajeno a las crisis migratorias. Las constantes convulsiones políticas y sociales han derivado en un flujo migratorio importante, que en el último tiempo ha tocado con mayor magnitud a Chile, un país poco acostumbrado a procesos migratorios masivos.

La necesidad de una regulación migratoria nacional adaptada a las circunstancias actuales ha dado lugar a una disyuntiva: la adopción de un sistema en el cual se abrace la migración desde la óptica de los derechos humanos, creando o fortaleciendo una institucionalidad robusta que enfoque sus esfuerzos y capacidades en su promoción y garantía; o una visión restrictiva enfocada en la seguridad nacional y de resguardo frente al extranjero.

En opinión de quienes escriben, la búsqueda de una sociedad inclusiva, intercultural e intergeneracional nos hace pensar en la necesidad de una ciudad y un sistema jurídico que abrace una migración infantil respetuosa de sus cualidades y necesidades. Y es que, si bien las personas menores de edad se caracterizan por su dinámica adaptación, no obsta a que no sufran en procesos en los que, ajenos a su voluntad, han debido dejar atrás su vida, su entorno, amigos y familiares. Existe la percepción entre la y el autor de que, en el proceso migratorio, como en muchos otros, ha predominado una invisibilización a la niñez, obviando frecuentemente su calidad de sujetos de derechos.

Para hacer frente a lo anterior, nuestro objetivo es desentrañar el sistema de protección institucional, constitucional y legal de los derechos humanos de NNA migrantes en el sistema interamericano y específicamente en Chile, pues creemos que la omisión en la Constitución chilena en la mención de los NNA y las personas migrantes repercute en políticas públicas y normativas insuficientes que obvian sus necesidades y vulnerabilidades, condicionando sus derechos humanos. Así, la ausencia de protección constitucional hacia aquellas poblaciones no es más que la ilustración de un modelo normativo-institucional que invisibiliza a la niñez migrante, desprotegiéndolos en los derechos y garantías que les corresponden.

Para lograr el propósito de esta investigación, el texto se dividirá en tres partes. La primera se enfocará en fijar el alcance de la protección y difusión de la materia a nivel americano, principalmente a través de las instituciones y marcos jurídicos adaptados para tal propósito. Posteriormente, el segundo y principal capítulo abordará el contexto chileno,

indagando el alcance de la protección constitucional, legal y jurisprudencial, además de analizar si se materializa una debida protección a sus derechos por los principales organismos públicos creados para garantizar los derechos de los NNA migrantes. Finalmente, y en la misma línea se analizará de forma específica la efectividad de la protección que ha ejercido el Estado chileno y la institucionalidad interamericana en la protección de los derechos de la niñez migrante frente a la crisis multifocal que ha originado la pandemia del Covid-19, tanto a nivel interamericano como local, con el objeto de determinar la robustez del sistema frente a una crisis cuya previsibilidad es remota.

CAPÍTULO I: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. El fenómeno de la migración y el lugar que ocupan en ellas niños, niñas y adolescentes.

La migración es de los fenómenos humanos más antiguos y naturales que se conocen. Si en sus inicios el fenómeno migratorio encontraba pocas trabas a su normal desarrollo, en la actualidad el panorama ha cambiado. Hoy, la apertura de fronteras difiere en cuanto a qué o quién sea lo que vaya a ingresar a un territorio, que basado en la soberanía de los países, ha justificado el establecimiento de diferencias arbitrarias, configurándose una dicotomía entre liberalismo y proteccionismo según lo que busque ingresar a un territorio determinado sea un producto o una persona. Si “la globalización económica desnacionaliza las economías nacionales; por el contrario, la inmigración renacionaliza las políticas”⁵. Mientras, por un lado, la tendencia mundial propia de un capitalismo globalizado avanza en la línea de eliminar barreras y dejar fluir el libre mercado, por el otro se presenta un proteccionismo “del Estado nacional que reclama todo su antiguo esplendor en la afirmación de su derecho soberano de controlar sus fronteras”⁶.

Conformada y analizada bajo el parámetro del instrumentalismo, la migración es concebida hoy en día como un fenómeno cuya justificación se basa en los aportes, principalmente económicos, que puedan generarle al país. De lo contrario, es indeseable. El debate es enfrentado desde una óptica que limita los derechos de quienes llegan al país en función de su potencial aporte individual⁷ al mismo, evadiendo el hecho de que los derechos humanos no distinguen estatus más allá de la condición misma que los hace personas, de cuya esencia se desprende, por ende, la titularidad de aquellos derechos. Cuando es enfrentada desde el rechazo al desconocido, la política migratoria cae en el

⁵ Sassen, Saskia. (2015) *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*. Madrid: Katz, p. 63. Citado por Lages de Oliveira, Rita (2019). *Migración internacional y derecho: una reflexión en clave de derechos humanos*. *Revista Anales*, 16, p. 6.

⁶ IBID

⁷ El aporte que genera la colectividad migrante es obviada por la opinión pública. Según una investigación realizada por la Universidad Alberto Hurtado en conjunto con el Servicio Jesuita, los investigadores Bastián Maire y José Tessada establecieron, haciendo un balance neto con datos de 2017, que los inmigrantes aportaron \$680.200 millones de pesos al PIB, lo que representa 0,38% del indicador.

riesgo de constituirse en una cuya función es controlar el fenómeno a través de una “policía de tráfico y adecuación de contingentes”⁸, basada en la arbitrariedad y carente de una visión protectora y garantista de derechos humanos.

Los NNA migrantes históricamente han figurado como un grupo intermedio en el análisis del fenómeno, dejados aparte tanto en la discusión de las políticas atinentes como de las decisiones que de ellas surjan, las cuales, evidentemente, les impactarán. Esta invisibilización es particularmente preocupante si se considera que son un grupo cuyas necesidades son muy distintas a las de los grupos adultos. La pobreza limita la libertad. Si a lo anterior se le suma que aquel que la sufre es migrante y menor de edad, las posibilidades de emerger en un mundo que no lo considera y, es más, rechaza, repercute en una vulnerabilidad absoluta. La infancia, a diferencia de otras etapas de la vida de un individuo, es un periodo donde se depende ampliamente de “otros” para hacer frente a los riesgos propios de aquella edad, ya que no cuentan con los conocimientos necesarios, experiencia y recursos para hacerse valer por sí mismos⁹.

Los NNA necesitan de garantías que les permitan desarrollarse en los aspectos más mínimos que el derecho internacional de los derechos humanos ha fijado particularmente en ellos¹⁰. Sin embargo, la realidad frecuentemente no se condice con el papel. Los acuerdos internacionales que suscriben los países se traducen en meras declaraciones de buena voluntad si no vienen acompañados de un cambio de paradigma en la concepción del proceso migratorio, que adecúe políticas propias a lo que el mandato internacional ha establecido, constituyendo procesos comunes entre países, protocolos, comunicaciones intersectoriales y decisiones que respeten los principios bajo los cuales se desarrollan los derechos de las personas menores de edad.

⁸ de Lucas, J. (2002). La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración. *Isegoria*, (26), p. 70.

⁹ Maldonado, C., Martínez, J. y Martínez, R. (2018). “Protección social y migración”. CEPAL, p.30.

¹⁰ Son varios los principios sobre los que el derecho internacional de los derechos humanos construye su protección. Los rectores y que serán desarrollados a lo largo del proyecto son: el interés superior del niño, la supervivencia y desarrollo, la igualdad y no discriminación, y la participación.

2. Análisis contextual sobre migración de NNA

El panorama mundial de la inmigración juvenil está marcado por un éxodo masivo que supera la capacidad y la voluntad de países que han optado por una visión limitante en el tratamiento y acogida de inmigrantes, lo cual no ha frenado el traslado de gente que por una u otra razón se ha visto con la necesidad de salir de su país, incluyendo a NNA. Solo en la peligrosa ruta migratoria del Mediterráneo central, la cual abarca desde el norte de África hasta Europa, el 92% de NNA que llegaron a Italia el año 2016 y primera parte del 2017 no estaban acompañados. Además, el 75% informó que fueron detenidos en contra de su voluntad al menos una vez durante el transcurso del viaje o forzados a trabajar a cambio de ningún pago¹¹.

Las trabas a la inmigración regular abren una vía paralela e ilegal para que diversos grupos hagan uso de la desesperación de los más vulnerables para conseguir réditos económicos. Según datos de la Oficina Europea de Policía (Europol), alrededor del 20% de los traficantes se dedican a la trata de personas. Así, una mala fiscalización de la autoridad, sumado a la reducción de posibilidades de quienes optan por, a toda costa, escapar de sus países de origen, abre un flanco de posibilidades al lucro en base a la explotación. Como expresa Kofi A. Annan, ex secretario general de las Naciones Unidas, en la Conferencia Política de Alto Nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “[I]os mismos medios tecnológicos que fomentan la mundialización y la expansión transnacional de la sociedad civil también proporcionan la infraestructura para ampliar las redes mundiales de la sociedad incivil”.

El panorama es aún más oscuro en la región. Las crisis sociales en el continente americano han derivado en que millones de NNA abandonen sus hogares para iniciar una travesía tan incierta como peligrosa. La trata de niños, niñas y adolescentes en el mundo representa el 28% del total de esta, en el caso de América Central y el Caribe el porcentaje se eleva a 62%, de los cuales una mayoría son niñas (más de 2,5 veces en relación a los varones), y en cuyo caso el 72% de los casos se trata de trabajo sexual¹². Este análisis no toma en cuenta la situación de nuestro subcontinente, en el que se encuentra la crisis

¹¹ UNICEF. (2017). Niños y niñas migrantes y refugiados. Resumen Ejecutivo, p. 2.

¹² IBID, p.5.

humanitaria ampliamente documentada de Venezuela. De los más de 4,7 millones de personas que han emigrado del país caribeño hasta el año 2019¹³, más de 1 millón de NNA solicitó protección y acceso a los servicios básicos en toda la región de América Latina¹⁴.

Los efectos colaterales de esta crisis repercuten en los sistemas de aquellos países que acogen a migrantes venezolanos, quienes en una buena mayoría vienen desprovistos de bienes y con problemas de desnutrición. Una política regional no preparada para este tipo de crisis implica la dependencia de lo que organismos internacionales como la ONU u otras ONG puedan realizar en el país, los cuales no cuentan con un alto presupuesto. Por lo cual esto deriva en ocasiones en discriminaciones y eventos de xenofobia, explotación, abuso y separación familiar¹⁵, ampliando la vulnerabilidad de los NNA.

La realidad apunta a que la falta de garantías mínimas que todo menor debiera gozar es transversal en todo el continente. A modo de ejemplo, en el marco de la Iniciativa de Información de Movilidad Humana en el Triángulo Norte (NTIM), se desarrolló un diagnóstico de la situación de los NNAM el año 2017, a partir de información extraída en centros de recepción en El Salvador, Guatemala y Honduras, reportándose entre otros aspectos, que en materia educacional los menores de entre 12 a 15 años presentaban un rezago educacional de entre 1 a 4 años, mientras que aquellos que componen el rango etario de 16 a 18 años, aumentaba de 3 a 5 años¹⁶. Todo ello implica que los NNA se encuentren en una situación de amplia vulnerabilidad. Ahora bien, ¿qué significa realmente este concepto?

¹³ ACNUR (2019). Situación en Venezuela. Naciones Unidas.

¹⁴ Crisis migratoria en Venezuela. (4 de abril de 2019). *Prensa UNICEF*.

¹⁵ IBID.

¹⁶ Maldonado, C., Martínez, J. y Martínez, R. (2018). Protección social y migración. CEPAL, p.41.

3. Concepto de vulnerabilidad de NNA migrantes

El término “vulnerabilidad” es uno relativamente nuevo en el derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, constituye el cambio de paradigma bajo del rol del Estado con respecto a los derechos humanos. Si en el período de postguerras enfoque fue garantizar derechos individuales en igualdad de condiciones, como libertad política, de pensamiento, de culto, entre otros, en las últimas décadas mutó¹⁷ hacia un rol protector del Estado, vinculado a un paradigma centrado en la igualdad material¹⁸.

El Informe sobre Desarrollo Humano 2014 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), titulado “Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, define vulnerabilidad como la “erosión de las capacidades y opciones de las personas¹⁹”. Por otro lado, Ligueño, Palacios y Díaz²⁰ recuerdan que el término vulnerabilidad para UNICEF “se refiere a quienes, en el seno de una comunidad, están expuestos a riesgos en sus condiciones de vida tanto desde el punto de vista biológico como social”. Exposición y falta de oportunidades parecen ser los términos que mejor resumen el concepto analizado. Para quienes escriben este trabajo, el concepto de vulnerabilidad en NNA migrantes puede dividirse en tres puntos: factores propios, factores de origen, y factores de destino.

En cuanto a los factores propios, estos corresponden a los que definen naturalmente las características de un niño, niña o adolescente. El factor de dependencia es la principal particularidad de este segmento, en cuanto el proceso de desarrollo que tiene como punto cúlmine el paso a la edad absoluta todavía es lejano, lo que repercute en que tanto las habilidades como las aptitudes físicas y mentales encuentren una desventaja frente a un

¹⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo un rol protagónico en este proceso.

¹⁸ La igualdad formal no necesariamente produce resultados igualitarios: existen sujetos que están expuestos a mayores riesgos, ya sea en función de su persona como de su contexto, por lo que es necesario proveer una protección equitativa.

¹⁹ PNUD (2014), p.1.

²⁰ Ligueño, S, Palacios, D, & Sandoval, J. (2018). Discursos de la vulnerabilidad bajo el gerenciamiento educativo: Análisis Ley de subvención escolar preferencial chilena. *Revista de Investigación Psicológica*, (19), p. 210.

sujeto que ya ha alcanzado un grado de madurez genérico. De esta manera, el NNA es incapaz de aprehender en su totalidad el sistema en el cual está inmerso, así como defenderse ante situaciones vulneratorias.

En cuanto a los factores de origen, estos vienen determinados tanto por la raíz familiar del menor como el medio en el cual se encuentra inserto. La familia (o quien cumpla el rol) sin duda constituye un papel fundamental en el desarrollo del NNA, por cuanto es en el seno de ella que el individuo determinará su suerte, al menos hasta que pueda valerse por sí mismo. Así, aspectos que van desde la alimentación hasta el capital cultural, quedan determinados a lo que la familia pueda ofrecerle, que, en el caso de nacer en una familia con pocas oportunidades de brindar estándares necesarios para un correcto desarrollo, significará una desventaja frente a un NNA de su edad que sí puedan alcanzar tal estándar. El medio físico en el que crece el o la menor viene a complementar o a ampliar el círculo anterior. Prestaciones con un fin público como la salud, la educación o espacios de recreación y deporte quedan a merced de las políticas que en ese lugar se generen, fijando un nuevo punto de desventaja si el NNA no encuentra en ellas un lugar apto para el correcto desarrollo de las facetas que impliquen crecer como una persona sana. Lo anterior se agrava si el contexto en el cual se desarrolla está marcado por lógicas violentas, ya sea en el hogar como del barrio, representado en, por ejemplo, violencia intrafamiliar y/o enfrentamientos entre bandas criminales que, al ser prácticas cotidianas, generan un trauma que desvía el desarrollo psicológico normal del niño, niña o adolescente.

Finalmente, los factores de destino tienen relación con las características del lugar al que llegue el NNA migrante. En este ámbito, las vulnerabilidades a las que se puede ver enfrentado un menor de edad son bastante similares a los factores de origen, con la particularidad que en esta etapa ya se tiene el carácter de migrante y ha vivido (y está viviendo) situaciones que complejizan su estabilidad emocional²¹. Esta tercera fase viene acompañada de las dos anteriores, por lo que el conjunto de ellas determina el grado de

²¹ Juan Manuel Petit en su texto “Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos” (2003), indica que el impacto de la transición se traduce a través de la presión sobre la vida familiar, la pérdida de apoyos y referentes materiales y afectivos, la caída del rendimiento escolar del niño, la pérdida de pautas culturales y familiares claras y firmes, y la incertidumbre sobre el devenir de su entorno más inmediato (página 15). Texto de CEPAL.

vulnerabilidad al cual se verá expuesto el o la menor al final de su travesía. Aquí juega un rol decisivo la conciencia general que se tenga de la condición de migrante, tanto en los habitantes del sector donde se emplazará el NNA migrante como de las autoridades de la comuna y país. Políticas inclusivas en el trato hacia quienes se enfrentan a un panorama nuevo y alejado de sus realidades, manifestadas en espacios como la escuela y la junta de vecinos, ayudarán a la adaptación tanto de los NNAM como de sus familias, favoreciendo un clima acogedor que permita un desarrollo más ameno del resto de áreas que se requieran. En cambio, un ambiente apático, discriminador y de abusos entorpecerán el asentamiento, generando un sentimiento de rechazo a un lugar que ya constituye un reemplazo de lo propio.

Retomando las definiciones antes citadas, el grado de exposición a riesgos que restrinjan las oportunidades de ejercer o defender sus derechos determinará el grado de vulnerabilidad del menor. Es importante mencionar que la vulnerabilidad en uno de los factores mencionados no determina el siguiente, pero sí es un antecedente para analizar la situación del menor. Así, debe tenerse en cuenta el origen y las circunstancias tanto familiares como contextuales en las que ocurre la migración para abordar a un menor, tanto en la frontera como en las políticas educativas del nuevo colegio, buscando siempre atender los principios fundamentales en la materia: la no discriminación, la participación en las decisiones que lo afecten, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el interés superior del niño.

Si bien lo anterior debiera ser la norma, la realidad global y regional son diferentes. “Las migraciones contemporáneas están más vinculadas al concepto de vulnerabilidad que a una titularidad y ejercicio normalizado de los derechos fundamentales de las personas migrantes. Y ello es paradójico en una etapa histórica donde los avances tecnológicos y la transnacionalización de las relaciones humanas deberían dibujar un escenario propicio para la movilidad humana.²²” El desafío, por ende, es urgente. En él, las instituciones y cuerpos normativos deben necesariamente adaptarse con el objeto de aclimatarse a un escenario complejo.

²² Arce Jiménez, Carlos. (2018). Migraciones, derechos humanos y vulnerabilidad. *Revista De Fomento Social*, (289), p. 135.

4. Marco normativo internacional sobre la protección de NNA migrantes

La migración infantil, tal como se ha desarrollado en los capítulos anteriores, constituye un fenómeno creciente, en el cual la institucionalidad y normativa tanto global como local ha debido rápidamente responder para efectos de resguardar los derechos de quienes componen aquel grupo. En este sentido, desde 1990 han surgido cuerpos normativos que tratan de suplir los vacíos que existen dentro de la regulación de este fenómeno. Los movimientos migratorios de la infancia presentan diferencias en relación a la migración adulta, siendo por tanto necesario apartar y tratar ciertos conceptos básicos de la infancia para crear el marco de protección jurídico-institucional. Este tema, por tanto, ha significado un gran desafío para el sistema interamericano, el cual ha ido instaurando normativas a través del tiempo, constituyendo a la vez un desafío en la evolución de los sistemas nacionales relativos a este trascendental tema.

En la última década, dos convenciones que se han materializado en territorio interamericano revisten de particular importancia: el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo (CEPAL, 2013) y la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (Naciones Unidas, 2016). En el primero, existe todo un capítulo sobre la migración internacional y la protección de los derechos humanos de todas las personas migrantes (capítulo “F”), en la cual se aborda específicamente la situación de vulnerabilidad de los NNA. En él, la medida prioritaria 72 plantea prestar particular atención en la protección de derechos humanos de este grupo, sobre todo aquellos que se encuentran no acompañados²³. En el segundo documento planteado se evidencian diversos compromisos, tales como: que ante la vulnerabilidad de los NNAM se establecen cursos de acción para minimizarla y contrarrestar los efectos negativos que ya hayan sufrido²⁴; se asegura proporcionar salud, desarrollo psicosocial y servicios de inscripción de todos los

²³ “72. Proteger decididamente los derechos humanos, evitando toda forma de criminalización de la migración, garantizando el acceso a servicios sociales básicos, de educación y de salud, incluida la salud sexual y la salud reproductiva cuando corresponda, para todas las personas migrantes, independientemente de su condición migratoria, prestando particular atención a los grupos en condición de mayor vulnerabilidad, entre ellos, los menores no acompañados, las personas que se desplazan en situación irregular, las mujeres víctimas de la violencia, las víctimas de trata, las repatriadas y las que se desplazan forzosamente buscando refugio”.

²⁴ “59. Reafirmamos nuestro compromiso de proteger los derechos humanos de los niños migrantes, dada su vulnerabilidad, particularmente los niños migrantes no acompañados, y de brindar acceso a los servicios básicos psicosociales y de salud y educación, asegurándonos de que el interés superior del niño sea una consideración fundamental en todas las políticas pertinentes.”

nacimientos en los territorios de los países firmantes, junto con asegurar derecho a la educación²⁵ al poco tiempo de llegar al país de destino, tanto primaria como secundaria, ofreciendo apoyo a los países que deban brindarla²⁶. Por último, se garantizan procedimientos que aborden la recepción y admisión tanto de la familia como de los NNAM, algunas con enfoque de género²⁷, entre los más significativos.

Sumado a lo anterior, hay tres cuerpos normativos insignes que merecen un detallado análisis: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente su artículo 19, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

4.1 Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención fue ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990 y el 1 de septiembre de 2015 su Protocolo Facultativo. Este texto constituye las bases del comienzo de la legislación sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, “la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) -texto que marca un antes y

²⁵ “32. Procuraremos proporcionar servicios básicos de salud, educación y desarrollo psicosocial y servicios de inscripción de todos los nacimientos en nuestros territorios.

Estamos decididos a asegurar que todos los niños estén estudiando en un plazo de unos meses después de su llegada, y daremos prioridad a las asignaciones presupuestarias que contribuyan a ese propósito, incluso mediante el apoyo a los países de acogida, según sea necesario. Nos esforzaremos por brindar a los niños refugiados y migrantes un entorno propicio para la plena realización de sus derechos y capacidades.

²⁶ “81. Estamos decididos a brindar educación primaria y secundaria de calidad en entornos de aprendizaje seguros para todos los niños refugiados, ya en los primeros meses después del desplazamiento inicial. Nos comprometemos a prestar apoyo a los países de acogida en este sentido. El acceso a una educación de calidad, incluso para las comunidades de acogida, da protección fundamental a los niños y jóvenes en contextos de desplazamiento, especialmente en situaciones de conflicto y crisis.”

²⁷ “Recepción y admisión. 5 a) Garantizar en lo posible que se adopten medidas para identificar como refugiados a las personas que necesitan protección internacional; ofrecer condiciones de recepción suficientes, seguras y dignas, prestando especial atención a las personas con necesidades específicas, las víctimas de la trata de personas, la protección de los niños, la unidad de la familia y la prevención de la violencia sexual y por razón de género y la respuesta ante ella; y respaldar la aportación fundamental de las comunidades y las sociedades receptoras a este respecto; b) Tener en cuenta los derechos, las necesidades específicas, las aportaciones y las opiniones de las mujeres y niñas refugiadas; (...)e) Utilizar el proceso de inscripción para determinar las necesidades específicas de asistencia y las medidas concretas de protección, en lo posible, por ejemplo, aunque no exclusivamente, para los refugiados con necesidades especiales de protección, como las mujeres en situación de riesgo, los niños, especialmente los niños no acompañados y los niños separados de sus familias, los hogares encabezados por niños y los hogares monoparentales, las víctimas de la trata de personas, las víctimas de traumas y los supervivientes de la violencia sexual, así como los refugiados con discapacidad y las personas de edad.

un después en el tratamiento jurídico del menor de edad, ya que consagra, a partir de su existencia, la universalización de los derechos de este colectivo— como en otros instrumentos supraestatales de ámbito universal o regional, son los que permiten un abordaje y una resolución más adecuados de los problemas resultantes de este fenómeno”.²⁸

El tratado entiende que la familia es el grupo fundamental de la sociedad, en la cual debe existir un bienestar de todos sus miembros, pero particularmente de los NNA. Deben recibir una protección y respaldo particular debido a la posición jurídica y social distinta a la de los adultos, lo que los hace susceptible de requerir una protección más amplia por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Se basa también esta Convención en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto esta proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y que toda persona tiene todos los derechos y libertades anunciados en ella sin distinción alguna por raza, sexo, nacionalidad, posición económica u otra condición²⁹.

La CDN busca fijar un marco regulatorio coherente a las necesidades especiales de todo NNA que sea análoga a sus derechos humanos, con el fin de establecer un orden en cuanto al resguardo que requieren y así fijar un límite mínimo de protección internacional de la infancia y juventud. En base al tema de análisis de la presente investigación, a continuación, se analizarán aquellos artículos más relevantes de la Convención.

Así, el artículo 3^{o30} refiere a las acciones que pueden tomar los Estados en la esfera de afectación de los menores de edad, enfatizando que siempre deben ser en resguardo de los mismos, pues toda decisión debe ser tomada en base a su interés superior.

Por otro lado, el artículo 9^o, mandata que se debe velar siempre por la unificación familiar, señalando que debe privilegiarse que el niño no se encuentre alejado de su familia, a menos que las autoridades determinen que es un peligro o menoscabo para el menor convivir con ellos y aun, en aquellos casos en que se encuentre separado en base a

²⁸ Lages, R. (2012). La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público. *Revista Tribuna Internacional*, (2), p. 108.

²⁹ Artículo 2º Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

³⁰ “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.”

su interés superior, este podrá tener contacto o información sobre la familia siempre y cuando no sea perjudicial para él.

Luego, el artículo 10° establece que cualquier solicitud hecha por un menor de edad o por sus padres para entrar o para salir de un Estado parte de la Convención, a efectos del principio de reunión familiar, será atendida por los Estados de manera positiva, humanitaria y expedita. Para los casos en que los padres del menor se encuentren en Estados diferentes, se tendrá derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Será siempre respetado el derecho del niño y de sus padres de salir de cualquier país y entrar al propio, siendo solo limitado en casos en que se busque proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

El rol que cumplen los progenitores es el de cuidado y protección de los hijos, por tanto, en los casos en donde esta realidad no exista, la Convención en su artículo 20° establece que toda vez que el menor de edad se encuentre privado de su medio familiar, será el Estado quien tendrá el rol de proteger y darle asistencia especial, garantizándole todo tipo de cuidado que el NNA requiera. Esta situación se extiende en los casos en donde el menor de edad se encuentra en el escenario de estar tramitando o solicite asilo o refugio.³¹

En cuanto al derecho a la salud, los Estados parte reconocen en su artículo 24³² el goce y disfrute de los derechos sanitarios para todo NNA, por lo cual los Estados deben asegurar la integración y efectividad de aplicación del derecho a la salud en la población infantil, sin discriminación alguna.

El rol de la educación es esencial para el desarrollo y formación de los menores, así lo entiende la Convención, que en su artículo 28³³ establece aquellos mecanismos para que se pueda ejercer progresivamente el derecho a su educación.

³¹ Artículo 22° Convención sobre los Derechos del Niño.

³² *Derecho al disfrute más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

³³ *1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:*

Es importante dar cuenta que tanto el derecho a la salud como el derecho a la educación constituyen pilares básicos para el desarrollo de la persona. En el caso de los NNA es aún más relevante configurar una realidad en donde ambos derechos sean accesibles. El hecho de no contar con la nacionalidad del país no constituye una causal para no otorgarlo, por tanto todo menor, por el mero hecho de ser un sujeto de derechos, debe contar con acceso a la educación, salud, integridad física y mental y apoyo de su familia o en otros casos de la sociedad y el Estado. De esta manera, cualquier NNA podrán desarrollar su personalidad, sus aptitudes y capacidad mental de manera correcta. La importancia que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño radica en las consecuencias que trae aparejada la regulación en específico que se realiza en temas esenciales para el desarrollo de los niños niñas y adolescentes, tales como educación, salud, integridad y seguridad. Los NNA son sujetos de derecho que, como tal, tienen derechos y deberes, los cuales este instrumento especifica. Es importante dar cuenta que la figura de los NNA no ha sido un tema que se ha desarrollado en su plenitud, pero los fenómenos migratorios cada vez más recurrentes justifican su pronta regulación.

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

La Convención sobre los Derechos del Niño entrega los estándares mínimos que como sociedad debemos preservar y ampliar. Ahora bien, sin menoscabar la CDN, parece necesario, dado los múltiples fenómenos de migración que tenemos en la actualidad, que existan mecanismos adicionales a esta, en los cuales se regule de manera puntual aspectos no perfeccionados en el pasado, amén de los avances en la materia. Resulta conveniente, razonable, oportuno y necesario, plasmar en instrumentos internacionales un tratamiento normativo más sistemático del fenómeno, por ejemplo, incorporando un protocolo adicional a la CDN³⁴.

A fin de que se cumpla el libre ejercicio de los derechos y garantías que regula la CDN, es creado un Comité cuya misión es fiscalizar los casos en donde pueda existir una posible vulneración o violación a los preceptos de la Convención, emitiendo informes de manera periódica o a solicitud de un Estado.

Informe del Comité de Derechos del Niño para Chile (2018)

Tras el fallecimiento de la niña Lissette Villa en un centro del Sename, la diputada Claudia Nogueira presentó una denuncia ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en el año 2016, basada en el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones ratificado por Chile en 2015. La denuncia fue acogida a trámite en 2017 y a principios del año siguiente dos expertos de dicho organismo visitaron Chile. Tras concurrir a centros del Sename tanto en la región Metropolitana como en la región de Valparaíso, los expertos del Comité redactaron un informe, donde se evidencian graves fallas en el sistema y profundas vulneraciones a derechos humanos de NNA. Los principales motivos de preocupación del Comité son los siguientes.

a) Interés Superior del niño, de conformidad con los artículos 3.1 y 25 de la Convención.

Este imprescindible principio implica que Chile tiene la obligación de garantizar que el interés de los NNA sea considerado primordial, en todas las decisiones que conciernan a su persona y que se adopten las instituciones, la administración, la justicia y

³⁴ Lages, R. (2012). Op. Cit., p, 128.

organismos legislativos. En este sentido se considera que el Estado viola este principio por a) Hacer primar la internación sobre otras alternativas de intervención con la familia; b) No tener establecidos legalmente los criterios y circunstancias que deben ponderarse para la evaluación y determinación del interés superior y no motivar suficientemente la evaluación y determinación del interés del niño en las sentencias de internación; c) No llevar a cabo evaluaciones periódicas independientes de la situación de cada NNA en función de su interés superior; d) Prolongar sin control los tiempos de internamiento; e) Separar a hermanos por razones de carácter administrativo sin consideración de su interés superior. Esto nos parece particularmente grave en cuanto a NNAM, por cuanto la lejanía y usual menor comprensión del sistema por parte de las familias migrantes desemboca en un angustiante estado de duda e indefensión.

b) No separación de la familia, salvo en interés superior del niño, de conformidad con el artículo 9° de la Convención.

En relación con este principio, el país tiene la obligación de garantizar el derecho del niño o niña a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del NNA. El Comité señala que Chile viola este principio por a) Permitir que NNAM ingresen al sistema residencial sin ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el proceso; b) Insuficiente búsqueda de alternativas en la red familiar extensa; c) Falta de programas de trabajo especializado con el núcleo familiar del NNAM; d) No tomar todas las medidas necesarias para que los NNAM que son separados de sus padres, puedan beneficiarse de acciones que tengan como objetivo principal restituirles su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia y en la comunidad; e) No haber establecido lineamientos claros sobre el proceso de reintegración familiar y la participación de la familia del NNAM, incluso con respecto a las visitas que recibe en el tiempo de institucionalización, fundamental para el mantenimiento de un vínculo familiar y la proyección de egreso con un miembro de la red familiar; f) No dar la oferta adecuada en el mismo territorio para no desarraigar a los NNAM. Uno de los principales riesgos que se presentan en estos casos relativo a NNAM es el desarraigo familiar y cultural, clave en el desarrollo integral de un NNA que reside en el extranjero. Focalizar un trabajo de reconocimiento cultural permite una mejor reinscripción posterior en el sistema social y familiar.

c) Protección contra la violencia, de conformidad con el artículo 19 de la Convención.

Debido a la vulnerabilidad propia que presentan los NNA, sobre este principio todo Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias, ya sean administrativa, legislativa o social, para efectos de proteger al/la menor de edad contra toda violencia, abuso o malos tratos, independiente de quien tenga su custodia. El Comité considera que Chile viola este principio por a) Las prácticas de cuidado y castigo que, por omisión o acción directa, permiten o naturalizan las relaciones violentas y los maltratos entre los NNA y entre éstos y los adultos; b) La inadecuación de las directivas y de capacitación del personal en técnicas educativas y disciplinarias no violentas, lo que provoca que el acercamiento, comunicación y trato entre los adultos y los niños, niñas y adolescentes se caracterice por la arbitrariedad y la violencia. Debe destacarse que los NNA ingresados en los centros, tanto migrantes como nacionales, han sufrido previamente múltiples eventos de victimización y vulneración de derechos en sus vidas, por lo que esta disciplina administrada de forma no respetuosa con los derechos humanos les revictimiza y torna más grave la violación; c) La inadecuada capacitación del personal en cuanto a la violencia entre pares, para disminuir la exposición continuada de los NNA a agresividad en su medio cotidiano y desarrollar técnicas no violentas de resolución de conflictos. Si bien este es un problema transversal en la institución, es de opinión de quienes escriben que es necesario enfocarse en la prevención de cualquier hecho violento motivado por razones racistas o xenófobas, especialmente en tiempos en que actos violentos de esta índole han aumentado.

d) Derecho al más alto nivel posible de salud de conformidad con el artículo 24 de la Convención.

En cuanto a la protección de este derecho social, se señala que el país está en la obligación de garantizar a todo menor de edad el nivel más alto de salud y los correspondientes servicios para el tratamiento de enfermedades o rehabilitaciones. El Comité concluyó que Chile viola este principio por a) La sistemática falta de diagnóstico de la salud integral del NNA ingresado; b) La disponibilidad limitada de acceso a servicios de salud mental; c) La ausencia de planes para NNA con problemas de salud mental, con trastornos psiquiátricos o neurológicos, o con consumo de alcohol y drogas; La falta de capacitación y control del personal de trato directo en el suministro arbitrario de

psicofármacos; d) La falta de programas especializados en número y calidad suficientes en materia de rehabilitación, además de protocolos y seguimiento y evaluación periódica.

e) Derecho a la educación de conformidad con el artículo 28 de la Convención.

La educación es clave para lograr un desarrollo integral de los NNA, propiciando una igualdad de oportunidades. Desde esta base, el Comité consideró que Chile viola este derecho por la falta de medidas particulares y adecuadas, incluso por una insuficiente preparación de los profesores y personal, que los han expuesto a situaciones de vulnerabilidad física, emocional y psicológica en un contexto educacional supuestamente inclusivo y protector, lo que ha resultado en altos niveles de retraso escolar. Concluye que el sistema chileno no toma las medidas necesarias para que los NNA en el sistema residencial puedan acceder a la educación en condiciones de igualdad con los otros NNA³⁵. Si bien el Comité no hace mención específica a los NNAM, el desfase educacional de la población local y extranjera (que será analizado más adelante) debe ser motivo de especial cuidado en estos centros. Resulta clarificador que aquello no es abordado, en circunstancias que no se cumple el paso anterior, es decir, en virtud del retraso educacional que especifica el Comité en relación a los pares nacionales en centros educativos convencionales.

En base a todas las evaluaciones expresadas, el Comité de Derechos Humanos concluye que el contexto chileno da cuenta de años de falta de correcciones, ineptitud en los cargos que lidian con NNA y carencia de procesos que corrijan los vicios del sistema, los que evidentemente arrastran a la población niñez migrante que se encuentran en estos centros.

De esta manera, es inequívoco que el Estado de Chile transgrede principios básicos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, por ello, parece urgente que se tomen medidas concretas y se cree una adecuada ley de protección integral de la infancia que considere las particularidades de la niñez migrante, en la que se promuevan y garanticen los derechos de todos los NNA sin discriminación y se reconozca explícitamente a todo menor migrante como sujeto de derechos. Por otro lado, es fundamental que el aparataje organizacional proporcionado por el Estado chileno y

³⁵ IBID, p.14.

amparado por la ley que se propone, preste asistencia a la familia del NNAM y considere prioritario la preservación de la unificación familiar, siempre y cuando no perjudique al NNAM.

A su vez, es menester una supervisión por parte de la justicia, de manera que conozca los casos individualmente, y exista una capacitación adecuada de los funcionarios públicos a la hora de trabajar en casos que involucren NNA y se cuente con instituciones y tribunales de justicia que entreguen apoyo en todo ámbito requerido, incluido a aquellas cuestiones particulares que un NNA migrante y su familia requieran. Es necesaria también la presencia y fortalecimiento de la Defensoría de la Niñez, en concreto, que se la dote de mayor capacidad para actuar como supervisor efectivo en el respeto de los derechos de los NNA en el sistema de protección

Como último comentario, nos parece fundamental acoger la recomendación del Comité, en cuanto a desjudicializar el sistema de protección y la consecuente creación de un servicio de protección administrativo, especializado y dotado de recursos suficientes³⁶.

4.2 Artículo 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Con fecha 22 de noviembre de 1969 Chile suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica³⁷. La Convención busca consolidar en el continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Reconoce estos derechos esenciales no como aquellos que ligan a un nacional de un determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos inherentes a la persona humana.

³⁶ Existen dos proyectos de ley en curso: uno que crea un Servicio de Protección a la Niñez y modifica otras normas legales (Boletín 12.027), y aquel que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica (Boletín 11174-07).

³⁷ Frente a esto el Estado de Chile reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad para recibir y examinar las comunicaciones que un Estado Parte alegue contra otro si ha incurrido en violaciones a los derechos humanos, previsto en el artículo 45 de la Convención. A su vez, Chile también reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de conformidad a lo que dispone su artículo 62.

Específicamente, el artículo 19 de la Convención establece que todo niño y niña tienen derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Este artículo sirve para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas. Por ejemplo, los derechos procesales y sus correlativas garantías, a pesar de ser aplicables a toda persona, suponen condiciones especiales cuando se trata de NNA, con el propósito de asegurar el efectivo goce en la igualdad de derechos y garantías legales.

Así, se debe tener en consideración condiciones específicas del menor de edad y su interés superior, para lo cual se debe contar con su presencia, en base al principio participación y de ser escuchado. Además, deben estar en constante observación las disposiciones legales y las diligencias en los procedimientos que protejan al menor de edad y que garanticen su interés superior.

Lo relevante de este artículo es que, además de otorgar una protección especial a los NNA reconociendo su condición de vulnerabilidad, lo liga a otros instrumentos internacionales aplicables, tales como la Convención sobre Derechos del Niño, la cual no distingue sobre el origen del NNA.

De esta manera, la situación legal de los NNAM entra dentro del marco de protección integral de derechos humanos en la misma jerarquía que los NNA nacionales y se vuelve concreto que el principio del interés superior del niño prime sobre la nacionalidad o condición migratoria.

4.3 Convención Internacional de la protección de los trabajadores migrantes y su familia.³⁸

La presente Convención busca fijar un marco regulatorio mínimo de los derechos laborales de los migrantes e implementar medidas para la eliminación de la migración clandestina que generan beneficios a traficantes de personas. No se consagran nuevos derechos, simplemente se ordenan aquellos que ya estaban consagrados en diversos cuerpos normativos, con el objeto de darles un orden y constituir una guía a los países

³⁸ Fue adoptada en diciembre de 1990 en el seno de la Naciones Unidas, sin embargo, entró en vigor recién en marzo de 2003, al cumplir el quórum mínimo de ratificación requerido (20 Estados).

firmantes en la implementación de sus políticas públicas en la materia³⁹. El tratado fue ratificado por Chile el año 2005. El resto del listado interamericano lo completa⁴⁰ Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela⁴¹.

El preámbulo del texto es clave, pues además de recordar varios cuerpos normativos, principios y recomendaciones, destaca la importancia de regular de manera directa el fenómeno migratorio, en pos de la protección de aquellas personas que de conformidad con el párrafo 1º del artículo 2 del texto, “vayan a realizar, realicen o hayan realizado una actividad remunerada en un Estado del que no se sea nacional”, con el fin de que puedan gozar de sus derechos humanos, reconociendo la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos, sobre todo los trabajadores y familiares indocumentados, refiriéndose a las dificultades con las que tropiezan y los incentivos perversos que su irregularidad genera en empresas que se aprovechan de la situación para no cumplir con sus obligaciones de empleador.

No obstante que parte del cuerpo normativo fije derechos adicionales a quienes estén documentados⁴², el grueso del texto fija un marco regulatorio transversal, tanto para trabajadores documentados como no documentados. “Al margen, así pues, del reconocimiento o la concesión de ciertos derechos adicionales a favor de los trabajadores migrantes documentados, uno de los objetivos de esta Convención es la incorporación del principio de no discriminación en el reconocimiento de derechos que comporta la necesidad de garantizar a todos los trabajadores y a sus familiares que se hallen dentro de su territorio los derechos recogidos en la Convención y que son considerados como «derechos humanos fundamentales de trabajadores migrantes no documentados»⁴³”. Lo

³⁹ El tratado es explícito en señalar que se basa en variados principios e instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, dentro de los que destacan el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (N.º 97), y el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (N.º 143), ambos de la OIT.

⁴⁰ A 18 de diciembre de 2019.

⁴¹ El tratado no ha sido firmado por ningún país de la Unión Europea ni América del Norte (con excepción de México), beneficiarios directos del tipo de situaciones y afectaciones que la Convención busca regular.

⁴² Geográficamente se encuentra en la Parte IV, donde se hace énfasis en la igualdad del trabajador/a migrante frente a uno nacional.

⁴³ Camos, Ignacio y Rojo, Eduardo (2004) “La Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias”. *Revista Migraciones*, (16), p.11. Universidad de Girona.

anterior se ve plasmado en su artículo 1^{o44}, que además establece un límite bastante amplio al alcance del tratado:

“Artículo 1: 1. La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

2. 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 período 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.”

El primer numeral del artículo precedente es amplio y debe interpretarse de esta manera a lo largo de toda la Convención.

El artículo 4 establece que el término “familiares” se refiere a “las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.” Queda la duda de si en esta definición quedan incluidas las figuras jurídicas controversiales, como la unión homosexual. Esto es un punto en contra, en cuanto puede existir un tratamiento sumamente dispar en la “legislación aplicable”, en circunstancias de que el estatuto personal está vinculado a la ley personal del sujeto.

El tratado abarca una serie de mandatos y protecciones que garantizan derechos al trabajador(a) migrante y su familia, en cada estadio de su proceso. Se explicita el derecho a la no discriminación e igualdad⁴⁵, desarrolla de manera extensa sus derechos

⁴⁴ Lo cual es repetido de manera más o menos idéntica en el artículo 7.

⁴⁵ En la práctica los Estados sí realizan diferencias en cuanto al disfrute de ciertos derechos. Por lo mismo, el artículo 27 en su numeral segundo, en una manera de hacer frente al hecho declara que “2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar,

humanos, invoca las necesidades especiales en su condición de migrante y reconoce la necesidad de respetar su acervo cultural. Si bien el texto tiene como sujeto pasivo a los “menores” migrantes (el texto utiliza esta expresión) en su rol de familiares, hay artículos que apuntan de manera más directa a la protección y trato diferenciado a NNA. Por ejemplo, el numeral segundo del artículo 17º establece que, en el caso de ser detenido, además de la obligación de quedar separados de los demás condenados, los menores deben permanecer en un espacio distinto a los adultos. Por otro lado, la vista de su causa tendrá lugar con “la mayor celeridad”, expresando que en el procedimiento al cual se vea envuelto el o la menor, “se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social.” (artículo 18).

El artículo 29 toca el derecho a la identidad, usualmente susceptible a verse vulnerado en legislaciones que cuyas políticas migratorias son restrictivas⁴⁶. El artículo 44 reconoce a la familia como el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y el deber de ella y del Estado por protegerla. Establece en su segundo numeral que los Estados Partes deberán tomar las medidas apropiadas para que se produzca la reunión familiar donde figuren los “hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”. El artículo 50, por su parte, establece la obligación de facilitar la permanencia en el país de destino de los familiares si el trabajador(a) migrante fallece o el vínculo matrimonial se ve disuelto.

Finalmente, la Convención desarrolla el derecho a la educación y a la salud. El primero es mencionado en los artículos 30, 43 y 45, de los cuales las literales a) y b) del artículo 45 están especialmente fijados para los familiares, con el fin de garantizar la igualdad en el acceso a instituciones y servicios de enseñanza. El segundo se encuentra plasmado en los artículos 28 y 45 literal c), de los cuales el último garantiza específicamente el acceso a servicios sociales y de salud para los familiares. En la mayoría

considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.”

⁴⁶ “Artículo 29: Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.” Esto es recogido a nivel interamericano por el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, en un foro celebrado por la Comisión Especial de Asuntos Migratorios el año 2008 en Washington D.C. En las Consideraciones y Recomendaciones Finales fija que, en vista de una imprescindible cooperación conjunta y coordinada de los Estados, corresponde a estos generar esfuerzos, entre otros, para “proteger el derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes migrantes desde, hacia o entre nuestros países, estableciendo como meta la erradicación de los subregistros de nacimientos y proveer acceso a la documentación de identidad.”, p.10.

de los literales se encuentra la limitante “a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes”, lo que eleva el riesgo de ser interpretado en sentido restrictivo e incluso discriminatorio. Sin perjuicio de lo anterior, la interpretación sistémica, tomando en cuenta los artículos 28 (salud)⁴⁷, 30 (educación)⁴⁸ y el espíritu del resto del texto, debieran favorecer hacia la eliminación de cualquier atisbo de arbitrariedad⁴⁹.

El artículo 72, que sirve de apertura a la Parte VII, crea un Comité para observar la aplicación de la Convención, dentro de cuyas tareas está el elaborar un informe sobre la aplicación del tratado en cada uno de los países miembros. A continuación de analizarán aquellos emitido por la entidad para Chile tanto en el año 2011 como el 2021.

4.4 Informe Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

a. Año 2011

El examen parte elogiando el completo informe desarrollado por Chile. Por otro lado, celebra la promulgación de leyes como la que refiere a la trata de personas (Ley N°20507), acuerdos intersectoriales en relación a trabajadores migratorios y ratificaciones de Estado de diversas convenciones, como la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, además de ciertos protocolos. Luego, pasa a exponer los principales motivos de preocupación, sugerencias y recomendaciones. Se pasará a exponer aquellas que atingen a NNA migrantes:

No discriminación (artículos 7 y 83)

⁴⁷ “Artículo 28: Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.”

⁴⁸ “Artículo 30: Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. 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.”

⁴⁹ Ahora bien, el artículo 28 limita la prestación a situaciones de urgencia, lo cual parece una omisión sumamente desafortunada y contraria a la Convención de los Derechos del Niño y otros cuerpos normativos internacionales vinculantes que refieren a la protección de los derechos de los NNA.

El Comité recomienda que Chile adopte medidas positivas y refuerce las ya adoptadas para combatir las actitudes discriminatorias y la estigmatización social, en particular mediante campañas de mejora de concienciación dirigidas al público general, así como a profesores, funcionarios de inmigración y profesionales de los medios de comunicación. Además, al Comité le preocupan los informes en los cuales algunos funcionarios de aduanas arbitrariamente se niegan a sellar los pasaportes cuando entran al país, lo que a menudo se traduce en problemas cuando posteriormente desean regularizar su situación migratoria⁵⁰ (punto 20 a 23).

Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículos 8 a 35)

- a) Causa preocupación que los trabajadores migratorios sancionados por la autoridad administrativa en relación con una infracción del DL N.º 1094 no puedan salir de país sin autorización, y que los plazos de reclamación sean insuficientes (punto 24 y 28).
- b) Se recomienda que Chile vele por la aplicación eficaz del Oficio Ordinario No 3229, de 11 de junio de 2008, sobre el acceso a atención de la salud por los trabajadores migratorios, en particular dando a conocer sus disposiciones al personal de salud y estableciendo un mecanismo para la vigilancia de la aplicación del oficio ordinario (puntos 30 y 31).
- c) Apremia los casos de hijos de extranjeros que se encuentran en situación irregular y no cuentan con nacionalidad, ante lo cual se alienta al “Estado Parte” a conceder la nacionalidad a los niños nacidos en Chile de padres en situación irregular, cuando estos no les puedan transmitir su propia nacionalidad. También alienta al país a que se adhiera a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961 (puntos 32 y 33).

Otros derechos (artículos 36 a 56)

⁵⁰ La arbitrariedad disfrazada de discrecionalidad, a raíz de las amplias facultades que concede el DL 1094, será motivo de estudio en el segundo capítulo.

- a) Se solicita que se vele por la aplicación efectiva del Oficio Ordinario N.º 07/1008 (1531) de 2005, sobre el ingreso y la permanencia de los niños inmigrantes en situación irregular en los establecimientos escolares, en particular dándolo a conocer en todas las instituciones educativas y estableciendo un mecanismo para vigilar su aplicación, para hacer frente a los casos en que establecimientos de educación han negado inscripciones o entregas de diplomas sin antes estar regularizados (puntos 34 y 35).
- b) Se manifiesta la preocupación por la información recibida sobre los obstáculos a los que se enfrentan, en la práctica, algunos trabajadores migratorios para hacer valer su derecho a la reunificación familiar, y sobre la falta de un marco jurídico que la regule. El Comité recomienda, por ende, que Chile incorpore las disposiciones legales que regulan la reunificación familiar a la ley de migraciones, en consonancia con el artículo 44 de la Convención (puntos 38 y 39). Sobre la trata de personas, se recomienda que se reúna de forma sistemática datos desglosados sobre la trata de personas; se garantice el cumplimiento de la Ley sobre la trata de personas, en particular asignando suficientes recursos financieros y humanos, y estableciendo un mecanismo para vigilar la aplicación de la ley; se prosiga con campañas de prevención de la trata de personas; se siga impartiendo formación sistemática a los funcionarios públicos⁵¹; vele por que se procese y sancione debidamente a los traficantes; y se siga brindando protección y asistencia jurídica y médica a todas las víctimas de la trata de personas⁵² (puntos 46 y 47).

b) Año 2021.

Con fecha 20 de abril de 2021, emanó del Comité el último informe para nuestro país. Destaca la buena comunicación entre Chile y el órgano, además de celebrar avances en la materia. En particular, y sobre lo que convoca a esta tesis celebra la celebración de la nueva Ley de Migración y Extranjería y el proyecto “Chile Reconoce” de 2017, mediante el cual se reconoció la nacionalidad chilena a las hijas e hijos nacidos en Chile de padres o

⁵¹ Lo que incluye a la policía, los demás funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los jueces, los fiscales, los inspectores laborales, los profesores, el personal de atención de la salud y los funcionarios de las embajadas y los consulados de Chile.

⁵² En particular concediendo permisos de residencia temporal, ofreciendo albergues y desarrollando proyectos con vistas a ayudar a las víctimas de la trata a reconstruir sus vidas

madres en situación migratoria irregular, que constituye un avance importante para la prevención y erradicación de la apátrida. Posterior a eso, pasa a exponer sus motivos de preocupación:

Adecuaciones a la Ley de Migración y Extranjería

Insta a que se prohíba totalmente la detención de NNA migrantes (acompañados y no acompañados), de conformidad con la observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño.

Artículo 76 y 77

Recomienda dotar de recursos humanos, técnicos y financieros al INDH y para la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos DEL 2017, con el objetivo de cumplir con los estándares de la CWM; fortalezca y amplíe los programas de formación y capacitación sobre los derechos de la Convención con carácter obligatorio y permanente para los funcionarios de instituciones que tienen competencias en asuntos migratorios, incluyendo los agentes del orden y las autoridades fronterizas, los jueces, y los fiscales. Este último aspecto se presenta como uno de los más sensibles y que ha sido motivo de varias controversias en asuntos fronterizos.

No discriminación (artículos 7 y 83)

En el marco de los procesos de expulsión y deportación, el Comité expone que Chile deberá asegurar la aplicación de un test de ponderación que evalúe el interés superior del niño, el derecho a la vida familiar de los trabajadores migratorios y sus familiares. En los procesos migratorios en los que involucra los derechos de niñas y niños migrantes o hijos de personas migrantes, “el Estado parte deberá asegurar que estos sean escuchados durante todo proceso que les involucre o a sus familiares” (punto 32).

Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (arts. 8 a 35)

El Comité expone su preocupación sobre la inseguridad de los permisos de residencia de los NNA y de sus derechos a la educación, salud y prohibición del trabajo

infantil. De esta manera, promueve la regularización migratoria de niñas, niños y adolescentes migrantes estudiantes a través de permisos de residencia específicos y busca que Chile garantice los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a lo ya expuesto, además de asegurar su acceso a servicios sociales, a la no violencia y a su protección (puntos 37 a 40).

Posterior a eso, el Comité aborda un aspecto muy sensible: los procedimientos en la frontera y el reconocimiento de refugiado. Le preocupan las irregularidades cometidas por la autoridad migratoria en el reconocimiento de tal condición y la poca coordinación entre funcionarios y autoridad con respecto a la entrada en vigor de nuevas normas, como la última visa para ciudadanos venezolanos, lo que derivó en una gran crisis en junio de 2019 en la frontera chilena. Urge, señalan, tomar medidas sobre el asunto.

Luego, en el punto 52 aborda un tema recurrente: el derecho a la nacionalidad. A pesar de que a través de oficios y resoluciones de la Corte Suprema y el Departamento de Extranjería y Migraciones se haya concedido la nacionalidad chilena a las hijas e hijos de migrantes en situación irregular nacidos en el territorio del Estado parte y en riesgo de apátrida, le preocupa que el reconocimiento de la nacionalidad no esté establecido en la ley.

En cuanto a la educación, el Comité ve con preocupación los planes para enseñar la inclusión y enseñanza del idioma español a los migrantes, especialmente a la población haitiana. Este grupo presenta niveles de educación menores, por lo que, si se suma el factor idioma, las brechas que se abren son demasiado grandes. La recomendación es a aumentar los recursos tendientes a lograr cerrar las diferencias.

Sobre la trata de personas, fenómenos creciente frente a la falta de fiscalización en la frontera y trabas migratorias, el Comité recomienda en su punto 60 “prestar programas profesionales y especializados de protección infantil para la rehabilitación física y psicológica y la reintegración de niñas, niños y adolescentes víctimas de trata de personas, y asegurar su alojamiento en albergues que garanticen medidas especiales de protección a la niñez” y “tomar medidas para asegurar la reunificación familiar de las víctimas de trata de personas, en caso que sea pertinente y apropiado, tanto en el plan internacional como en el nacional”.

Finalmente, el Comité recomienda diseñar e implementar una política integral que garantice una regularización accesible y asequible para los trabajadores migrantes y sus familiares, incluidos niñas, niños y adolescentes no acompañados, que se encuentran en una situación irregular; y garantizar que la nueva política migratoria amplíe los canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la progresiva expansión de la liberalización de visas y visas de fácil acceso, así como tomar medidas para dar cumplimiento a las recomendaciones de la Declaración conjunta del Comité para el desarrollo de una respuesta regional a la llegada masiva de personas venezolanas.

En ambos informes destacan puntos urgentes en los que Chile debe prestar atención en su camino a la protección de los derechos humanos de la población infantil migrante. Comparando ambos documentos, destacan avances, como la promulgación de la nueva ley de migración y el reconocimiento de la nacionalidad a hijos de migrantes irregulares. Sin embargo, dentro de estas mismas virtudes se presentan inconformidades. Hay artículos de la referida ley que violan el derecho internacional y la misma Constitución, y el reconocimiento expuesto depende de la voluntad de quienes compongan los órganos jurisdiccionales y administrativos del momento. Si bien ha habido un avance, queda mucho por mejorar. La inclusión no ha sido plena y eso se manifiesta en una falta de empatía tanto legal como práctica, fomentada por funcionarios poco preparados y una población reticente al fenómeno migratorio.

Una vez revisados los principales instrumentos internacionales de regulación y protección de los derechos de NNA, cabe analizar la forma en que las instituciones judiciales y semi-judiciales de la región se han pronunciado en la materia. Para ello, y en virtud del límite en extensión de la presente tesis, se han escogido dos sentencias y dos opiniones consultivas icónicas en la materia, las cuales comprenden una amplia conversación con otros pronunciamientos del mismo tipo. A continuación, se introducirá brevemente la labor de los órganos regionales de derechos humanos encargados de impartir justicia en el tema, para pasar a revisar la mencionada jurisprudencia.

5. Análisis de jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de DDHH sobre NNA migrantes

5.1 Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia (2013)

El análisis del caso de la Familia Pacheco Tineo trata aspectos abordados tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, tanto desde la perspectiva de la protección directa a los NNA como la relación que se genera con sus familias. Los hechos son los siguientes.

Con fecha 19 de febrero de 2001 ingresa a Bolivia la familia Pacheco Tineo (dentro de la familia se encuentra Juan Ricardo Pacheco Tineo, de nacionalidad chilena) la cual se componía de un padre, una madre y de tres hijos. La familia ingresa sin cumplir con los controles migratorios del referido país, pero intentan al día siguiente de su ingreso regularizar su situación, ante lo cual el Estado de Bolivia inicia inmediatamente las gestiones para la expulsión administrativa. Se manifiestan varias situaciones y procedimientos irregulares, resultando en una inobservancia de las garantías mínimas convencionales y de orden interno del Estado de Bolivia, las cuales insoslayablemente debían presidir los procesos de referencia y que culminaron con decisiones contrarias a los derechos, libertades e intereses de la familia Pacheco Tineo.⁵³

En base a estas consideraciones de hecho, la sentencia con fecha 25 de noviembre de 2013 da cuenta de un análisis de los derechos vulnerados, basados principalmente en el artículo 19 de la CADH, la protección a la familia y el principio de no retorno, los cuales serán desarrollados a continuación.

Violación al artículo 19 de la CADH

Como se analizó anteriormente, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del Estado y también de la sociedad de proteger a los niños por la situación especial que significa su minoría de edad. A su vez en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la presente Convención los Estados no pueden realizar

⁵³C.I.D.H. (s. f.). Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Alegatos finales. Recuperado 5 de noviembre de 2020, de <https://corteidh.or.cr/docs/casos/pacheco-tineo/alefrep.pdf> (Alegatos finales)

diferencias que no se encuentren justificadas de manera objetiva y razonable, y que no busquen como objetivo único el respeto de los derechos establecidos.

El Estado de Bolivia niega la referida violación, justificándose en el artículo 5° de la Convención, aduciendo que los niños no se encontraban presentes en el momento en que el matrimonio Pacheco Tineo se presentó en la oficina de migraciones y que los padres nunca solicitaron refugio a nombre de sus hijos. También argumenta que, al momento de la expulsión, los niños tuvieron a su alcance alimentos y pañales higiénicos para su protección y cuidado. Es importante señalar que en el viaje de retorno a Perú los niños fueron separados de sus padres. En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui Vs. Perú se establece que en base al artículo 2° de la CDN los alcances de las medidas de protección que alude el artículo 19 CADH corresponderían entre otras a la de no discriminación⁵⁴, la cual en el caso claramente es ejercida por las autoridades bolivianas, al no prestar protección ni apoyo a los menores de edad, justificándose en argumentos que carecen de una exhaustiva investigación del caso en cuestión y que constituye una violación a un requisito a respetar por las autoridades migratorias al ejercer el procedimiento de retorno.

“Por otra parte, tras reproducir las directrices de la Corte Interamericana sobre los derechos del niño, insólitamente imputa al matrimonio Pacheco Tineo la violación del derecho a la protección de sus niños a quienes hicieron correr riesgos inútiles, olvidando el cuidado y protección que deben a sus niños, lo que es -refiere- irracional en una familia que se dice estar a búsqueda por actos de terrorismo, estando en peligro su vida y libertad y entrando ilegalmente a Bolivia.”⁵⁵

En este sentido, parecen insuficiente los argumentos y las medidas tomadas por Bolivia, en el sentido que su deber de protección especial y de garantizar su interés superior no basta con la entrega de alimentos ni pañales. Situación que se ve agravada por la separación que se realiza de la familia en el trayecto. El Estado de Bolivia justifica su actuar en base a prerrogativas que pasan a llevar el artículo 19° de la Convención al no hacerse cargo de sus necesidades especiales. No se adopta por parte del Estado en cuestión, ninguna medida que sea adecuada con el derecho y los procedimientos internacionales. La condición de refugiado que intentaron conseguir tampoco fue adoptada en base a la

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos N°5 «Niños, niñas y adolescentes» (N.º 5). p.8.

⁵⁵ IBID, p. 92.

protección y asistencia que debían de recibir, lo cual constituye otra transgresión más ejercida por Bolivia hacia los niños.

En el caso lo que finalmente ocurrió fue una seguidilla de toma de decisiones contrarias a los derechos de todo NNA, lo que produce una situación de violación de derechos sensible hacia los NNA, quedando expuestos a padecer traumas o sufrimientos que transgredan su desarrollo, lo cual ya estaba puesto en jaque en función de su vulnerabilidad.

Protección a la familia

La protección a la familia debe ser entendida, según ha expuesto la Corte IDH en reiteradas ocasiones, en concordancia con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por esto, es que en el caso comentado la protección por parte de Bolivia debió haber sido ejercida a la totalidad de los integrantes de la familia. “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”.⁵⁶ Por ende, la acción ejercida por el Estado de Bolivia de separar a los niños de sus padres al momento del retorno, corresponde a una violación de este derecho. La separación de los hijos de sus padres solo va a proceder cuando se encuentre totalmente justificada en pos de su interés superior.

La idea de la aplicación del principio de protección y del goce familiar también se encuentra mencionado en el análisis del caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia: “La Corte también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. El Tribunal también ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.”⁵⁷

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos N°5 «Niños, niñas y adolescentes» (N.º 5). p.83

⁵⁷ IBID, p.82

La familia, como núcleo interno e inmediato, es la primera encargada de la supervivencia y desarrollo de los hijos, donde el Estado tiene un deber tanto de no entorpecer como de apoyar dicha labor. Esta obligación también aplica para la prohibición de forzar el retorno, en circunstancias de que la seguridad e integridad de la familia corran peligro. “El Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de non refoulement y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión. Sin embargo, no consta en ninguna de las decisiones de la Fiscalía o del SENAMIG que se tomara en cuenta, así fuera mínimamente, el interés de los niños.”⁵⁸

La Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional” también recoge el principio de protección a la familia, precisando que son parte implícita del artículo 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, así como del artículo VI de la Declaración de Derecho Humanos. Esto porque en los casos de un procedimiento de expulsión o deportación de alguno de los padres en calidad de migrante, puede generar en los menores de edad una disminución de la felicidad y estabilidad de la vida familiar, por lo cual corresponde tomar todas las medidas necesarias que puedan impedir que esto suceda.

La idea del modelo de familia, la Corte lo entiende no como un solo modelo tradicional y directa, si no como la familia extensa, la cual puede incluir primos, tíos o abuelos, los cuales frecuentemente son encargados de la atención y cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, entendiendo esto en la situación migratoria, la familia se vuelve el núcleo fundamental y por tanto cualquiera que se encuentre dentro de la definición amplia de esta, debe resguardarse, sin importar si es el padre o madre u otro, pues quien tiene el cuidado y el lazo con el menor de edad es el pilar fundamental de este y, basado en el interés superior del menor, debe protegerse. Es el Estado quien tiene la obligación de determinar el núcleo familiar del niño, niña o adolescente de forma extensiva y por tanto implementar cualquier medida de resguardo.

⁵⁸ IBID, p.83

Es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del 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. No obstante, la exigencia del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.⁵⁹

La Corte Interamericana establece, por ende, que los Estados están facultados para establecer sus políticas migratorias, en el respeto del principio de soberanía nacional, pero las decisiones en donde se vean implicados menores de edad deben siempre cumplir con los presupuestos mencionados: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de satisfacer los derechos y necesidades que como niño, niña y adolescente se requieren. “Si bien la creación de la política migratoria y el trato que los Estados conceden a los extranjeros en sus territorios siguen siendo cuestiones sometidas al derecho interno, una cosa es hoy clara: dicha prerrogativa ya no es absoluta, por cuanto debe ser compatible con las obligaciones propias del derecho internacional, en especial, las que se refieren a los derechos humanos.”⁶⁰

En definitiva, el Estado debe evaluar todas las circunstancias del caso, asegurarse que se vean garantizados sus derechos y que pueda ser debidamente acogida su opinión para adoptar cualquier decisión en la que se vean implicados. Los límites a los cuales se enfrentan los Estados son el debido respeto de los derechos humanos, así, en el caso Pacheco Tineo la resolución de la Corte es clara en enfatizar que Bolivia puede aplicar políticas migratorias, pero debe siempre privilegiar en el desarrollo de estas, los derechos fundamentales de la familia y a NNA. Se debe fortalecer el núcleo familiar y propiciar la convivencia de la familia puesto que, en la tradición latinoamericana, constituye el núcleo fundamental de la sociedad. Esto se resuelve realizando un juicio de ponderación en donde

⁵⁹ IBID, p.85

⁶⁰ IBID, p.82

se consideren derechos y principios tales como la protección de la familia e interés superior del niño, fijando ciertos aspectos intransables a la hora de aplicar las políticas y medidas migratorias del Estado.

Principio de no retorno

La Corte analiza que, en función del principio de no retorno, el Estado de Bolivia al tener el conocimiento de que tres niños formaban parte de la familia Pacheco Tineo, debía de resguardar el asunto con extremo cuidado. En este sentido debía procurar evitar los riesgos que corría la familia en cuanto a su devolución al Estado del Perú, teniendo en cuenta la edad de los menores y las posibles consecuencias perniciosas.

El Estado boliviano, bien sabía que tan pronto la familia Pacheco Tineo fuera devuelta al Perú, los padres, el Sr. Rumaldo Pacheco y la Sra. Fredesvinda Tineo serían privados de su libertad por la orden de captura internacional que pesaban en su contra y que, consecuentemente, la familia quedaría desintegrada y los niños sin protección y en el más absoluto desamparo.⁶¹

La omisión de la consideración del peligro que corrían los menores ante la expulsión administrativa es grave. Los niños de la familia Pacheco Tineo fueron ignorados en cuanto a sus derechos migratorios por parte del Estado de Bolivia. Resulta evidente de que existió un actuar negligente del Estado, en cuanto a la omisión en la adopción de medidas especiales y obviando el principio de non-refoulement, norma cuya naturaleza es de *ius cogens*⁶².

En definitiva, la serie de medidas adoptadas u omitidas por el Estado de Bolivia derivaron en la privación de derechos básicos para NNA, tanto desde el ámbito individual como grupal-familiar, conduciendo a una reducción de cobertura a sus derechos y necesidades intolerable bajo la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

⁶¹ C.I.D.H. (s. f.). Óp.. Cit., p. 54.

⁶² Así lo estableció la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-25/18 (párrafos 179 y 187) y Opinión Consultiva OC-21/14, (párrafo 211).

Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia

Cabe destacar que dos años después de la dictación de la sentencia, la Corte IDH dio por concluido el caso al haber el Estado de Bolivia dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en el fallo, específicamente, cumpliendo con su obligación de realizar las publicaciones de la sentencia en cuestión, crear y ejecutar programas de capacitación permanente a funcionarios que tengan contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo e indemnizar a las víctimas por daño material e inmaterial⁶³.

5.2 Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana (2014)

La sentencia del presente caso constituye un importantísimo antecedente en relación al dibujo jurisprudencial que tanto la CIDH como la Corte IDH realizan en la protección de la familia y NNA migrantes. Es un compilado de 7 casos vulneratorios de derechos humanos imputadas al país de República Dominicana.

Siguiendo la descripción que la propia Corte realiza al respecto, los antecedentes son los siguientes⁶⁴:

El 12 de julio de 2012 la CIDH sometió a la Corte el caso fundando en la “detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de República Dominicana” de las presuntas (hasta ese momento) víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, vulnerando el procedimiento de expulsión normado en el derecho interno. Además, la Comisión consideró “que existían una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano”, traba que se extendía a la obtención de la nacionalidad dominicana por parte

⁶³ Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia”. Resolución de 17 de abril de 2015.

⁶⁴ Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia del 28 de agosto del 2014. Capítulo I.

de personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana⁶⁵.

Todos los hechos alegados, con excepción de uno ocurrido en 1994, se produjeron entre julio de 1999 y diciembre de 2000, constituyendo, como se desprende de la descripción anterior, deportaciones masivas. En la totalidad de ellas se dieron actos violentos, arbitrarios y discriminatorios, con la imposibilidad de entablar un diálogo con las autoridades ni hacer uso de derechos.

En sus conclusiones, la Comisión resolvió que República Dominicana era responsable por la violación de los derechos a la personalidad jurídica, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, a los derechos del niño, a la nacionalidad, a la propiedad, a la circulación y residencia, a la igualdad y no discriminación y a la protección judicial, consagrados en los artículos 3, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 21, 22.1, 22.5, 22.9, 24 y 25 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Las violaciones nombradas fueron en perjuicio de un total de 26 personas. Asimismo, la Comisión concluyó que el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la CADH, y el derecho a la protección de la familia, consagrado en el artículo 17 del mismo instrumento, en perjuicio de 21 personas. En la mayoría de los casos afectados, se encontraban menores de edad.

En virtud de lo anterior, el 12 de abril de 2012 la Comisión Interamericana hizo una serie de recomendaciones al Estado, a ser informado del cumplimiento en el plazo de 2

⁶⁵ Según la Comisión el caso se insertó en un “álvido contexto de expulsiones colectivas y masivas de personas, que afectaba igualmente a nacionales y extranjeros, documentados e indocumentados, quienes tenían su residencia permanente y un vínculo estrecho de relaciones laborales y familiares con República Dominicana”. Asimismo, la Comisión, entre otras consideraciones, hizo referencia: a) “los impedimentos existentes para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en territorio dominicano, a pesar de que el Estado recepta el principio de *ius solis*”; b) a que “el Estado no presentó información que corroborara que el procedimiento de repatriación, vigente al momento de los hechos se hubiera aplicado efectivamente a las víctimas”, y c) a que a las víctimas “no les fue provista asistencia jurídica, ni tuvieron posibilidad de recurrir la decisión adoptada, ni existió una orden de la autoridad competente, independiente e imparcial que decidiera su deportación”, ni el Estado “indicó el recurso específico al cual podrían haber accedido las víctimas para proteger sus derechos”. Del mismo modo, según la Comisión, “durante su detención arbitraria y expulsión, (...) no tuvieron oportunidad de presentar esa documentación y en los casos en que fue presentada, ésta fue destruida por los oficiales dominicanos”, lo que implicó que las presuntas víctimas se “vieran privad[a]s de acreditar su existencia física y su personalidad jurídica”. Además “durante la detención, las víctimas no recibieron agua, alimentos ni asistencia médica, [y] su expulsión conllevó el desarraigo, el desmembramiento de los lazos y la estructura familiar, y afectó el normal desarrollo de las relaciones familiares, incluso para los nuevos miembros de la familia”.

meses. Transcurrido dicho plazo, sin que el Estado diera cumplimiento a las recomendaciones, se sometió el caso a la Corte⁶⁶, el día 12 de julio del mismo año.

La sentencia, de 173 páginas, es bastante detallista y cita a diversos cuerpos normativos internacionales, así como ciertos fallos relacionados a la materia. En un intento de hacer un orden de lo expresado en el fallo, se abordarán los tres temas más recurrentes concernientes a NNA: el derecho a la identidad y a la nacionalidad, el interés superior del niño y la necesidad de realizar un análisis minucioso y especial de la situación en la que se encuentra el NNA durante la tramitación de un procedimiento migratorio.

Derecho a la identidad y a la nacionalidad

Durante el desarrollo de al menos tres operaciones policiales en las que fueron aprehendidas las víctimas (adultos y menores de edad), a pesar de contar con documentación pertinente, no se les permitió presentarla o fue destruida por funcionarios dominicanos, viéndose los afectados privados e acreditar su existencia física y personalidad jurídica a partir de ese momento. De esta manera, los afectados quedaron en la misma posición que muchos NNA que, habiendo nacido en suelo dominicano, no pueden optar a la nacionalidad.

Esto se explica por la adopción, el año 2004 como ley y a partir del 2010 en la Constitución de República Dominicana, de la excepción al concepto de *ius solis* según el “estatuto legal de los padres”, hecho que promueve la detención y posible deportación de nacionales (párrafo 232).

Lo anterior es problemático ya que desconoce una sentencia anterior de la misma Corte y frente al mismo país, en el “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana”, del año 2005, que en su párrafo 157 se había referido al hecho de que el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos.

⁶⁶ La Comisión solicitó a la Corte que declarara la violación de los artículos 3º -Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica-, 5º -Derecho a la Integridad Personal-, 7º -Derecho a la Libertad Personal-, 8º -Garantías Judiciales-, 17º -Protección a la Familia-, 19º -Derechos del Niño-, 20º -Derecho a la Nacionalidad-, 21º -Derecho a la Propiedad Privada-, 22.1º, 22.5º y 22.9º -Derecho de Circulación y de Residencia-, 24º -Igualdad ante la Ley-, y 25º -Protección Judicial- de la Convención, en relación con el artículo 1.1º -Obligación de Respetar los Derechos- de la misma. Paralelamente, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de determinadas medidas de reparación.

La nacionalidad está consagrada en el artículo 20 de la CADH, no siendo susceptible de ser suspendida (artículo 27 del mismo cuerpo), constituyendo un derecho de carácter inderogable⁶⁷. A su vez, el derecho a la nacionalidad forma parte del denominado derecho a la identidad, definida por la misma Corte en el caso *Gelman vs Uruguay* (año 2011), como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (párrafo 122). Agrega dicho fallo contra el estado oriental del cono sur, que “la falta de reconocimiento a la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (párrafo 123).

En virtud de lo anterior, los Estados tienen la obligación de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento⁶⁸. No es que se desconozca el principio de soberanía nacional del cual cada Estado goza, si no que no se pasen a llevar los mínimos que conducen a un respeto irrestricto de los derechos humanos. Por consiguiente, “resulta necesario que dicha atribución estatal se ejerza en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias del derecho internacional a las que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, se hayan sometido. Así, es necesario que los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad tengan en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia⁶⁹ y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación” (párrafo 256).

Es importante en este sentido mencionar la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia. Ella fija normas y principios con el fin de que aquellas personas que se consideraran como apátridas no lo sean, en virtud de una conexión con un Estado en función de la nacionalidad de los padres, lugar de nacimientos o residencia, enumerando

⁶⁷ Caso de las Niñas *Yean y Bosico vs República Dominicana*, párrafo 136.

⁶⁸ *IBID*, párrs. 182 y 183

⁶⁹ La Corte explicita que los Estados tienen el deber de prevenir, evitar y reducir la apátrida, cuyo fin conduce a que no se adopten prácticas y normas que conduzcan a aquello ya que la consecuencia de caer en aquel estatus es la imposibilidad del goce de los derechos civiles y políticos de una persona, dejándola en una posición de extrema vulnerabilidad (párrafo 258)⁶⁹.

las condiciones para acceder a ella. Además de ello, la Convención prohíbe negar la nacionalidad por razones étnicas, raciales, religiosas o políticas⁷⁰. El gran problema en el presente caso es que, si bien República Dominicana firmó el acuerdo el año de su publicación, no lo ha ratificado, no quedando internacionalmente obligada a respetarlo. Más allá de ello, en opinión de los autores, aquello no es suficiente para negar el derecho a la identidad y nacionalidad a un NNA. En base a lo expuesto, la propia CADH es tajante al abordar su obligatoriedad y las múltiples sentencias internacionales regionales confirman el criterio.

Interés superior del niño

Este principio implica la consideración de todas las variables posibles a la hora de determinar la acción u omisión que afectará al NNA⁷¹. En él, la reunificación familiar cumple un papel fundamental. El o la menor tiene el derecho a vivir en un ambiente de acogida, con figuras a las que reconoce como cercanas a su lado, y desenvolverse en un espacio de confianza. Así, la Corte manifiesta que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia” (párrafo 416). De esta manera, si un NNA llega a sufrir algún distanciamiento de su familia por motivos legales, debe estar absolutamente justificado en su interés superior, traducándose en una excepción a la regla, y si es posible, la separación debe ser temporal.

Todas las familias que comparecieron en la Corte sufrieron privaciones con respecto a sus familiares, siendo separados repentinamente y sin posibilidad de dar aviso⁷².

⁷⁰ Lepoutre, Stephanie; Riva, Ariel (1998). Nacionalidad y Apatridia: rol del ACNUR; p.13.

⁷¹ De hecho, está contemplado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: “considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, (...) teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento””.

⁷² Uno de los casos más emotivos da cuenta del largo alejamiento de la familia Sensión, donde la madre y las dos hijas menores de edad fueron expulsadas de territorio dominicano en 1994, manteniéndose el padre de ellas en completa ignorancia por 8 años, tiempo en el cual luego de diversas gestiones, pudo dar con su paradero y reunirse con ellas. El caso, aparte de dar cuenta de las precariedades materiales de quienes se vieron afectados en su intento de reubicación, evidencia la negligencia administrativa de las autoridades dominicanas, en cuyos registros no figuraba la deportación, dejando en la incertidumbre absoluta al padre de la familia.

Como se expuso en el caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, el derecho interamericano consagra el derecho a la protección de la familia en el artículo 17 de la CADH⁷³, el cual tiene directa relación con el artículo 19 del mismo texto. La Corte explicita que la protección del derecho no solo implica la ejecución directa de medidas de protección hacia los NNA⁷⁴, sino “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁷⁵. Lo anterior constituye un mandato de protección, en tanto el tribunal señala que “en virtud del artículo 11.2 de la Convención, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, y en especial los niños y niñas, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo” (párrafo 424)⁷⁶.

El derecho a la reunificación familiar implica el deber del Estado de facilitarla, proveyendo de medios eficientes y expeditos, entendiendo que el paso del tiempo sin ella es un factor negativo en el desarrollo finito que tiene un NNA. Este derecho forma parte de la gama de protecciones especiales que tiene el niño o niña, que tiene como base su interés superior que, a su vez, tiene origen en la dignidad misma de la persona humana en su manifestación temprana⁷⁷.

⁷³ En el Derecho Europeo, el derecho a la vida familiar está previsto en el artículo 8 CEDH, el cual se aplica a los nacionales de Estados europeos partes del CEDH y también a los extranjeros. Ahora bien, la jurisprudencia no es uniforme, por cuanto en algunos casos el TEDH ha optado por considerar que la expulsión de personas que vivieran prácticamente toda su vida en el país de residencia, sin media vínculo familiar, emocional u otro con el país de la nacionalidad, es contrario al derecho a la vida familiar por suponer un perjuicio grave para la vida familiar del expulsado (Moustaquim c. Bélgica; Beldjoudi c. Francia y; Nasri c. Francia). En cambio, especialmente cuando se ha debido ponderar el artículo 8 con la seguridad interna (casos en que los involucrados han cometido delitos), ha prevalecido la segunda opción (Boughanemi c. Francia; Cruz Varas c. Suecia; Bouchelka c. Francia).

⁷⁴ En el párrafo 414 se indica que, en relación al menor, este “tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”.

⁷⁵ De igual manera está recogido en otras fuentes normativas, como la Condición jurídica y Derechos Humanos de los Niños. OC-17/02, en su párrafo 71; Caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala, párrafo 157, y la ya analizada Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. OC-21/14, párr. 158.

⁷⁶ La Corte ha sido más benevolente en la aplicación de este principio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁷ Al respecto, el Caso Forneron e hija vs Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, expresa lo siguiente: “49. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño

Análisis minucioso y especial de la situación del NNA

En vista de la vulnerabilidad que acarrea ser niño o niña en un mundo de adultos, se deben adoptar medidas especiales tanto para analizar la situación como para ejecutar acciones que tengan consecuencias en el NNA. En el caso de la expulsión, además de cumplir con las garantías judiciales que todo migrante tiene el derecho a contar independiente de su estatus migratorio⁷⁸, cualquier decisión judicial o administrativa debe perseguir un fin legítimo, es decir, ser idónea, necesaria y proporcional⁷⁹. Por otra parte, agrega la Corte, existe una prohibición de privación de libertad de niñas y/o niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus padres o personas a cargo, con el fin de asegurar un proceso migratorio. También está prohibido la privación de libertad por el incumplimiento de los requisitos para entrar o permanecer en el país de llegada, ni menos usarla como excusa cuando el o la menor se encuentre sola o alejado de su familia, aunque sea con el fin de asegurar la unidad familiar. Deben usarse alternativas menos lesivas, velando siempre por proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña y el niño

establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”

⁷⁸ Al respecto, el párrafo 356 señala que estas obligaciones deben aplicarse de manera individual, “de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas³⁹⁶: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular³⁹⁷, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.” Esta interpretación recoge aquella que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había adoptado, a propósito del caso *Andric contra Suecia* (núm. 45917/99), del 23 de febrero de 1999, y reforzada con el asunto *Čonka contra Bélgica* (núm. 51564/99), del 5 de febrero de 2002, esta última agregando el requisito del circunstancialismo factual que rodea la expulsión, como requisito adicional al examen razonable y objetivo de la situación particular e individualizado del migrante.

⁷⁹ Para garantizar lo anterior, el Estado receptor debe, en su análisis particular, tomar en consideración: a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, “guarda” y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y; d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo del NNA, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger (párrafo 357).

(párrafo 360).

En la práctica, nada de lo anterior sucedió. Se llevaron a las personas afectadas sin mediar diálogos explicativos, se encerró y en ocasiones se golpeó a familiares y no se separó a los NNA en espacios distintos de los adultos. Luego, se materializaron las deportaciones masivas⁸⁰, vulnerando las prohibiciones que en esta materia existen. Así, el Estado falló en el respeto del artículo 1.1 de la CADH e incumplió su obligación de tomar en consideración la situación de vulnerabilidad propia de los niños y niñas, omitiendo tanto la adopción de medidas especiales de protección, según dispone el artículo 19 de la Convención, como la realización de un análisis metódico de su contexto⁸¹.

Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia

Es de suma importancia mencionar que el año 2019 la Corte IDH publicó la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia respecto a este caso, junto al también abordado caso de las Niñas Jean y Bosico. Entre los años 2015 y 2018 las víctimas hicieron notar la falta de información por parte del Estado y a la situación de incumplimiento de las reparaciones pendientes. La Corte IDH da la razón a las víctimas, además de pronunciarse sobre una polémica decisión del Tribunal Constitucional dominicano.

En sentencia TC-256-14 de 2014, el referido tribunal declaró la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firmado el año 1999 por el presidente de la época, en virtud de que no fue sometido a la aprobación del Congreso Nacional según dispone la Constitución del año 2002. La Corte IDH determinó que “la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional en el 2014 es contraria al derecho internacional público, particularmente a los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe y de estoppel, así como a

⁸⁰ La Corte advierte que este no fue un hecho aislado, manifestando que “al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un período cercano a una década a partir de 1990, de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria” (párrafo 171).

⁸¹ Es más, en el caso de la familia Jean, ni siquiera les dejaron vestirse ni llevar la leche de una bebé de 4 meses de edad (párrafo 428).

la aplicación del referido artículo 62 de la Convención Americana, el cual debe ser interpretado conforme al objeto y fin de un tratado de derechos humanos”. (Considerando 52). Añaden que “(...) de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los Estados tienen la obligación de cumplir sus obligaciones de buena fe y no pueden invocar disposiciones de derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado.” (Considerando 53). Por último, destaca que el país caribeño aceptó la competencia de la Corte Interamericana mediante un acto unilateral de su Poder Ejecutivo posteriormente a la ratificación de la CADH, manteniendo por muchos años una conducta coherente con aquella declaración, todo lo cual creó obligaciones jurídicas internacionales a su respecto (considerando 58). De esta manera, la Corte Interamericana concluye que la resolución del TC dominicano no genera efectos jurídicos en el derecho internacional, ni tampoco consecuencia alguna que se derive de ella. Según eso, mantiene su competencia contenciosa sobre República Dominicana e incita a cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de las sentencias en cuestión.

En suma, tanto la sentencia sobre el caso particular como la de supervisión importan antecedentes claves en el criterio adoptado por la Corte IDH. Destaca el énfasis en la vulneración inaceptable a principios básicos en el trato a NNA, en la poca preparación de los agentes del Estado para lidiar con su vulnerabilidad inherente y se resaltan aspectos tan relevantes como el derecho a la nacionalidad. Por otro lado, el no cumplimiento de la sentencia, hecho que se repitió en el caso *Nadege Dorzema vs República Dominicana*, saca a relucir las falencias del sistema internacional en el cumplimiento de las obligaciones a que están sometidos los Estados, hecho que a fin de cuentas avala implícitamente la impunidad y el perjuicio de las víctimas.

5.3 Opinión consultiva OC-25/18 “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección”⁸²”

La Opinión Consultiva que analizaremos trata la controversial institución del asilo. El concepto carece de uniformidad en torno a los criterios que adoptan los Estados en sus ordenamientos internos, lo que ha repercutido en la adopción de diversas actitudes de los Estados hacia extranjeros (muchos de ellos NNA) que solicitan asilo. Producto de esta disputa terminológica, frecuentemente los procedimientos vulneran el derecho internacional de los derechos humanos.

Con fecha 18 de agosto de 2016 la República del Ecuador presentó una solicitud a la CIDH. El día 30 de mayo de 2018 y luego de haber recibido observaciones de organismos e instituciones internacionales, interamericanos, ONG e instituciones académicas, dicho Tribunal emite su juicio interpretando el artículo 22.7 de la CADH (en el marco del Derecho a la Circulación y Residencia)⁸³ y el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁴. Ambos artículos tratan sobre el derecho a solicitar y recibir asilo.

⁸² Los conceptos de refugio y asilo son similares, pero distan en ciertos aspectos. Mientras el primero se refiere a toda persona que con “fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (artículo. 1 (A) N° 2 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, modificada por el Protocolo de 1967); el segundo es un derecho concedido a una persona individualizada por parte de un Estado, previa solicitud, fundada en instrumentos normativos internacionales vinculantes. El refugio tiene una razón humanitaria, y suele ser concedido a grupos extensos de personas, mientras que el asilo conlleva una decisión más personal del Estado, no debiendo justificar las razones que le llevaron a concederla.

⁸³ “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”

⁸⁴ “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.”

⁸⁵ En lectura conjunta con el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967, así como con las convenciones latinoamericanas sobre asilo, y las normas pertenecientes al orden interno de los Estados miembros de la OEA.

Luego de un análisis exhaustivo, tanto histórico como normativo, de los diversos instrumentos internacionales e interamericanos que configuran el concepto y el alcance de la institución del asilo, la Corte llega a tres conclusiones principales:

1. Que el derecho a buscar y recibir asilo, enmarcado en el sistema interamericano, se encuentra consagrado como un derecho humano, cuya garantía le permite perseguir y recibir protección internacional en un territorio extranjero, ya sea en condición de refugiado, en función de lo que el derecho internacional a través de las Naciones Unidas o leyes nacionales ha enmarcado este concepto, o en la búsqueda del asilo territorial, según como los diversos instrumentos interamericanos han entendido el término.
2. Que el principio de no devolución o non-refoulement es exigible por cualquier persona extranjera, dentro de las cuales se incluye aquellas que buscan protección internacional, al Estado que esté haciendo uso de su autoridad o se perfile bajo un control práctico, sin importar si el solicitante se encuentra en territorio terrestre, marítimo, fluvial o aéreo del mismo. Este principio no puede limitarse a omisiones del Estado que enfrenta la situación, sino que impone obligaciones positivas que estos deberán adoptar.
3. Que el asilo diplomático no figura protegido bajo las normas objetos de interpretación, es decir, el artículo 22.7 de la CADH y el artículo XXVII de la DADDH, por lo que el resguardo se limita a lo que regulación interna de cada país o convenciones interestatales le otorguen, en el ejercicio de su soberanía nacional y dentro de la lógica de la denominada “tradicción latinoamericana del asilo”.

Niños, niñas y adolescentes frente al asilo

El derecho a recibir y solicitar asilo se presenta también en el caso de las y los menores de edad. Los NNA son garantes y titulares de este derecho en forma autónoma, por tanto, pueden presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados sin la necesidad de que estén respaldados por sus padres, tutores o personas mayores de edad⁸⁶.

⁸⁶ “Párrafo 142: (...) Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo¹⁶⁷ y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados

En la delimitación del alcance del concepto para este grupo etario, se expresa la necesidad de que los propios Estados tengan políticas públicas y planes de procedimientos justos que estén determinados a garantizar que se realizará un estudio personalizado del menor solicitante a efectos que se vea con claridad su situación particular y se otorgue, por tanto, el asilo en los casos que corresponda⁸⁷.

En el caso en que el menor de edad se encuentre en condición de refugiado, la Corte IDH establece que se debe valorar el posible riesgo de afectación a sus derechos fundamentales, de manera de poder corregir esta situación, ofreciendo asilo y otorgando las garantías necesarias para el cumplimiento de sus derechos más básicos. Es relevante dar cuenta que, al constituirse el derecho a solicitar y recibir asilo como un derecho humano, no basta con la mera obligación en la omisión de perturbar su ejercicio, sino que conlleva una actitud positiva por parte de los Estados en la promoción del derecho en cuestión. Así, la tolerancia y respeto desde una óptica ausente es insuficiente, haciendo necesaria la creación de mecanismos que se encarguen de proteger y facilitar el derecho, sobre todo en circunstancias de que la protección en juego incumbe a una población de riesgo.

El principio de no devolución es de crucial importancia en los NNA, debido a la vulnerabilidad adicional que constituye la minoría de edad. Esto los hace especialmente susceptibles al principio de non-refoulement, el cual, por interpretaciones derivativas de diversos tratados internacionales, según se explicita entre los párrafos 179 y 187, adquiere carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*. Esto repercute en que sea vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o el Protocolo de 1967. Por último, la adaptación de este principio incluye a quienes están en la frontera, y prohíbe la

en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones.”

⁸⁷ “Párrafo 99: (...) vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión (...). Esto también es recogido en La OC-21/14 en su párrafo 246: “La Corte entiende que la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional, debe incorporar también los componentes y las garantías específicas desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todas las niñas y niños”.

devolución indirecta, es decir, la expulsión o derivación a un tercer país que pueda a su vez forzar el retorno al país donde se corre peligro⁸⁸.

5.4 Opinión consultiva OC 21/14 sobre los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional

Con fecha 07 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre el tema de la niñez migrante⁸⁹. Con fecha 19 de agosto de 2014, basándose en la normativa mencionada y múltiples observaciones escritas presentadas por organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil, la Corte IDH emite su resolución.

La Opinión Consultiva considera la situación del sometimiento de la persona migrante, en este caso el menor de edad, a la jurisdicción del Estado al que ingresa. El Estado, a opinión de la Corte, se encuentra limitado soberanamente por el compromiso contraído de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción. Es relevante hacer la mención de que no tiene significancia alguna si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal, siendo responsabilidad del Estado respetar los derechos todo sujeto por ser estos atributos inherentes a la persona humana, más allá de que sea nacional, residente o si se encuentra transitoriamente, de paso o en calidad migratoria irregular. El Estado debe tener como normativa interna una que sea coherente y efectiva en

⁸⁸ “Párrafo 190. Es por ello que la devolución, como concepto autónomo y englobante, puede abarcar diversas conductas estatales que impliquen poner a la persona en manos de un Estado en donde su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviada a uno en el cual pueda correr dichos riesgos (devolución indirecta). Tales conductas incluyen, entre otras, la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o “entrega”. Esta afirmación se asienta en la propia redacción del artículo 22.8 de la Convención Americana, que establece que “en ningún caso” el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, es decir, que no tiene condiciones territoriales sino que puede incluir el traslado o la remoción de una persona entre jurisdicciones.”

⁸⁹ A la luz de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la CADH; los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la DADDH; y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

cuanto al resguardo de estos derechos. Esta adecuación debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario que finalmente se concreten en la efectiva aplicación de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

En cuanto a la situación en específico de esta consulta, la Corte entiende que la respuesta puede generar cambios rotundos en cuanto a la realidad migrante, sobre las obligaciones y claridad que se debe tener en torno a la niñez migrante, tema que no ha sido determinado de manera precisa y sistematizada.

“Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de las niñas y niños a fin de adoptar las medidas de protección integral que resulten adecuadas y pertinentes en cada situación.”⁹⁰

En relación con la protección de los derechos de NNA, las medidas necesarias para asegurarla deben fundamentarse en los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, a saber, principio de no discriminación, principio del interés superior del niño, principio de respeto al derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo y principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo el procedimiento que lo afecte, de modo que garantice su participación.

La Corte declara que estos principios son base para cualquier política migratoria que tenga como ideal el respeto de los derechos humanos. La protección debe ser de manera integral, evaluando no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también evidenciando y ponderando factores personales tales como pertenecer a un grupo étnico, presentar discapacidad o vivir con enfermedades graves (se ejemplifica con el VIH/SIDA).

En cuanto a la protección internacional de niños y niñas migrantes, la Corte establece, en base a la CADH en su artículo 22.7 y la DADDH en su artículo XXVII, que el buscar y recibir asilo como derecho subjetivo depende de una prerrogativa estatal, pero supeditada a mínimos. Se debe asegurar una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir la eventual devolución al país de

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, agosto). Opinión Consultiva OC-21/14 (N.º 1). UNHCR, párrafo 27.

origen. Por tanto, es relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades y de aquellos que requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo aquí la protección de refugiados y solicitantes de asilo.

Las garantías del debido proceso en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas es definido por la Corte como el “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.⁹¹” Estas garantías deben aplicarse a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país, lo que implica que se debe garantizar aun cuando fuere migrante en situación irregular.

Por las condiciones especiales que significa ser menor de edad y migrante, los Estados deben adoptar medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se tenga en constante consideración para tomar cualquier tipo de decisión administrativa o judicial.

Una de las prioridades de la Corte es afirmar que la libertad es la regla mientras se resuelva la situación migratoria o en el intertanto de la repatriación de NNAM. Se deben tomar medidas⁹² que tengan como principal objetivo la protección integral de derechos, de acuerdo a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior. Es por esto que la corte aconseja la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones de control migratorio, las cuales cuentan con menos herramientas de capacitación y de protección de los menores.

Los Estados a su vez, están obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar del niño o niña en esta situación, por tanto, deben localizar a su familia y propender a su unificación familiar.

⁹¹ IBID, párrafo109.

⁹² Las medidas prioritarias que se tomen se deben inspirar en la promoción del bienestar y el aseguramiento del desarrollo de los menores, en base a tres ejes principales (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, agosto). Opinión Consultiva OC-21/14 (N.º 1). UNHCR, párrafo 164).

Se señala que el principio de no devolución es entre otros, el principio angular de la protección internacional. Esta protección alcanza a toda persona extranjero y no solo a la categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. Por tanto, este principio en el marco de la Convención Americana asume una expresión singular, a pesar de que fuera incluida en el derecho a buscar y recibir asilo, siendo un derecho mucho más amplio, que incluye todo caso en que el derecho a la vida o libertad se encuentren amenazados. Respecto a estos riesgos la Corte establece que debe ser real, es decir, ser una consecuencia previsible. Por tanto, el Estado debe realizar un examen individualizado a fin de verificar y evaluar las circunstancias aducidas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida o libertad en el país en que se pretende devolver. En cuanto al riesgo de violación de los derechos de NNA, la Corte estima que estos criterios deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y género.

Se considera relevante que la protección complementaria se debe configurar en un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velen por los derechos de las personas que no califican como refugiados o en otra calidad migratoria, pero que no pueden ser devueltos. Es muy relevante esta acotación, pues no solo a aquellos que cumplan con la condición de refugiados o solicitantes de asilo requieren de la protección del principio de no devolución, este principio debe ser constitutivo para todo caso que sea necesario, independiente de que cumpla con los requisitos de refugio o asilo. Por tanto, aquellos también disfrutarán de protección, atendiendo a sus necesidades específicas de protección del menor, reconociendo siempre los derechos humanos que le corresponden a los niños con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio. A su vez los Estados podrán limitar el ejercicio de ciertos derechos siempre y cuando se basen en motivos objetivos y razonables y no violen el principio de no discriminación.

El derecho a la protección familiar es también un tema relevante en la consulta, al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad.⁹³ La Corte recuerda que no existe un modelo único de familia, por tanto, no debe restringirse solo a la noción tradicional de pareja e hijos, sino que a todos los miembros posibles de la familia extensa. Por ello el

⁹³ En base a el artículo 17 de la CADH, así como el artículo VI de la DADDH.

Estado tiene la obligación de determinar caso a caso la constitución del núcleo familiar de NNA.

Se resalta en la OC que cualquier tipo de decisión que se tome en relación a la separación del niño o niña de su familia debe justificarse en pos del interés superior del niño. De esta manera la Corte, como en otras oportunidades, declara que el niño o niña debe permanecer en su núcleo familiar a menos de que existan razones determinantes que justifiquen su separación, siendo excepcionales y en lo posible temporales.

“La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.”⁹⁴

Según lo expuesto en este primer capítulo, resulta evidente que el contexto migratorio actual es de alta complejidad, resultando ser especialmente desafiante la manera en que se aborda la migración infantil y adolescente, tomando en consideración la inherente vulnerabilidad de este grupo etario y la insuficiente labor que hasta el momento han desplegado los Estados en hacerle frente. En este sentido, el trabajo de las instituciones regionales y la base jurídica aportada por los instrumentos normativos globales han resultado ser de vital importancia, tanto a la hora de fijar un trazado que sirva de guía a los Estados para diseñar, adoptar, y aplicar sus políticas migratorias, como una forma de limitar el principio de soberanía nacional, con el fin de lograr un respeto y garantía a los derechos humanos de los NNA migrante y su consiguiente desarrollo integral.

Una vez revisados los principales cuerpos normativos internacionales y la forma en que los órganos de derechos humanos de la región los aplican, corresponde hacer un análisis minucioso de la realidad nacional. Para ello se adoptará un *modus operandi* similar al primer capítulo, analizando cifras, normas e instituciones encargadas de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

⁹⁴ IBID, párrafo 280.

CAPÍTULO II: CHILE ANTE LA MIGRACIÓN DE NNA

1. Características migración de NNA en Chile

La migración en Chile los últimos años ha crecido exponencialmente, convirtiéndose el país en un destino de interés para aquellas personas que buscan desarrollarse, encontrar nuevos horizontes y disfrutar de una mejor calidad de vida. Este aumento de la población migrante se debe principalmente al crecimiento económico del país y a su estabilidad política, especialmente en una región históricamente convulsionada. Al 31 de diciembre de 2019⁹⁵ la población extranjera se estimaba en 1.493.522⁹⁶ personas migrantes en Chile, desagregada a nivel regional y comunal. Entre estos resultados se observa que 763.776 son hombres y 728.746 son mujeres, concentrándose la mayoría en la Región Metropolitana, con alrededor del 60% de la población extranjera. De estos porcentajes, un 15% corresponde a niños, niñas y adolescentes, traduciéndose en un total de 183.315 menores de edad⁹⁷. La distribución dentro de esta estimación corresponde a un 23% de personas provenientes de Venezuela, un 17,9% de Perú, un 14,3% de Haití, un 11,7% de Colombia, un 8,6% de Bolivia, un 6% de Argentina y un 3% de Ecuador⁹⁸.

Estos porcentajes demuestran que la migración residente en Chile corresponde en su mayoría a países sudamericanos. Según el Departamento de Extranjería, contar con cifras precisas y confiables es importante ya que “(...) la estimación de personas extranjeras residentes en Chile constituye un insumo relevante en el diseño e implementación de avances en la modernización institucional para la gestión migratoria, para la evaluación e incorporación de nuevas normativas que regulan los flujos migratorios, la elaboración de

⁹⁵ Este dato es el más confiable al respecto. Al año 2022 y debido a los retornos en masa que se produjeron durante el año 2020 y posteriores ingresos masivos desde la segunda mitad del año 2021, no hay claridad sobre el número de adultos ni NNA extranjeros en nuestro país.

⁹⁶ Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración. (2019). Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2019. *Informe INE*, p. 2.

⁹⁷ UNICEF (2019). Inclusión de niños y niñas migrantes y sus familias en el sistema de educación parvularia. Resumen ejecutivo, *Subsecretaría de Educación Parvularia, UNICEF*, p. 3.

⁹⁸ Al principios del año 2022 las estimaciones indican que el número de migrantes ha disminuido a consecuencia de la pandemia, aunque no se tienen cifras concluyentes aún.

propuestas de política pública en el ámbito de la migración, el análisis e investigación de la realidad migrante en Chile, entre otros temas de alta relevancia nacional e internacional⁹⁹”.

Chile ha sido testigo de una explosión demográfica en la población migrante en pocos años. A finales de 2013 se contabilizaban en nuestro país aproximadamente 258.000 personas de origen extranjero, correspondiendo a alrededor del 1,6% del total nacional¹⁰⁰. Comparado con los números actuales recién mencionados, el aumento es de casi 6 veces. Este auge de población migrante ha generado una gran preocupación respecto a la regulación de la materia y en particular al control de quienes vienen desde el extranjero, obligando al Estado de Chile a apurar el entendimiento del fenómeno con el fin de contar con nuevas herramientas públicas y suplir la falta de visión intercultural e intergeneracional en el ámbito social colectivo, con el fin de generar una adaptación coherente con los estándares internacionales exigidos y, de paso, minimizar los riesgos de una discriminación xenófoba¹⁰¹.

Este aumento continuo del flujo migratorio contrasta con la lenta adaptación que la situación amerita. Existe una carencia institucional y regulación normativa en el sistema que impide que las personas migrantes inicien de la mejor manera el proyecto por el cual decidieron dejar sus países. Dentro de esto se encuentran los NNA, quienes en la vasta mayoría de los casos, ingresan ya sea acompañados de familiares o con la idea de unificarse con su familia. Los niños, niñas y adolescentes migrantes son, en resumen, menores de edad que se encuentran fuera de su país de origen y que por tanto están bajo la jurisdicción de un Estado en el cual no son nacionales o no es su residencia habitual. En un contexto de cambio de vida radical, las necesidades primordiales e inmediatas frecuentemente hacen pasar desapercibidas las carencias y problemas propios ligados a este grupo, factores olvidados que son imprescindibles para la correcta adaptación y

⁹⁹ Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración, Óp.. Cit., p. 4.

¹⁰⁰ SENAME. (2013) «Niños, niñas y adolescentes migrantes.» Proyectos de diagnósticos, *Departamento de protección de derechos*, SENAME, Santiago, p.2.

¹⁰¹ Es relevante establecer que parte importante de la población extranjera que ingresa al país lo hace con bastantes necesidades que suplir y pocas herramientas de apoyo. Dicha situación se debe a la falta de redes, soportes familiares, laborales, desconocimiento del idioma y/o migración irregular, encontrándose en una situación de vulnerabilidad y pobreza. Sumado a la fragilidad de su estado de entrada, la situación se agrava ante la falta de mecanismos estatales que permitan recibir de mejor manera a dichas personas, careciendo de políticas públicas eficaces cuyo fin sean las personas migrantes y su dignidad.

estabilidad emocional del NNA. El impacto psicológico que significa el proceso de migración es muy fuerte para todo menor, que se ve forzado a establecer nuevos vínculos y a adaptarse a una nueva realidad en su vida, proceso que se ve debilitado al enfrentarse a impedimentos para acceder a los servicios y apoyos básicos que como NNA requiere para su desarrollo. La normativa constitucional chilena no alude específicamente a ellos ni a su protección, omisión que los excluye de mecanismos específicos de amparo de sus derechos e intereses.

1.2 Base normativa legal en materia migrante

La ley base de la legislación migratoria en Chile fue hasta hace muy reciente el Decreto Ley N°1094 denominado “Ley de Extranjería”¹⁰², tipificada el año 1975¹⁰³ y derogada el año 2021 con la publicación de la nueva ley 21.325, luego de años de tramitación y polémicas en el Congreso. El Reglamento de la nueva ley fue recién entró en vigencia durante los primeros meses del 2022, por lo que al momento de ser publicada la presente tesis prácticamente no hay jurisprudencia cuya base sea la nueva ley de migración¹⁰⁴.

Pese a que esta tesis fue en su amplia mayoría escrita cuando la mencionada ley no se encontraba vigente, bien vale referirse a ciertos artículos claves que conforman el entramado normativo de la regulación y protección de los NNAM. En particular, la niñez migrante es tratada en once artículos, referida a diversos temas.

Se destaca la incorporación de principios en materia de niñez. El artículo 4 desarrolla el interés superior del niño, mandatando al poder público adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales tendientes a asegurarlo, con independencia de la situación migratoria de los padres o persona a cargo del niño o niña. El

¹⁰² La normativa está siendo revisada desde el 2013 en el Congreso, bajo el proyecto denominado “Ley de Migración y Extranjería”, Boletín: 8970-06, presentado por el primer gobierno de Sebastián Piñera y que en el último tiempo ha sido retomado en las discusiones. El proyecto ha variado bastante y posiblemente lo siga haciendo, por lo que no será sujeto de análisis en el presente proyecto de investigación.

¹⁰³ Producto de aquella norma anterior surgió el Decreto Supremo N°597 de 1984, denominado “Reglamento de Extranjería”. Además, cabe destacar el Decreto Supremo N.º 5.142 de 1960, que establece disposiciones sobre nacionalización de extranjeros.

¹⁰⁴ Sin perjuicio de un fallo del Tribunal Constitucional referente a ella y donde dos de los artículos impugnados trata asuntos sobre NNA. El fallo será analizado más adelante.

principio se repite a la hora de evaluar la estada de un NNAM que ingresó de manera irregular o que se le denegó la entrada, en el artículo 28. Se extraña, en contra parte, normas que aludan a la forma en que dicha protección debe concretarse, no habiendo mención, por ejemplo, a la obligación de mantener a los NNA migrantes durante el tiempo en que se evalúa su situación en lugares separados de adultos o en lugares distintos a aquellos que hubiesen cometido delitos. Esto es problemático, por cuanto la experiencia ha demostrado que la ambigüedad normativa mezclada con el desconocimiento del DIDH suele conducir a arbitrariedades y vulneraciones de derechos.

Otro principio de particular relevancia es el de reunificación familiar. Tal como se abordó en el primer capítulo, aquel es uno primordial para el sistema interamericano y el DIDH en general. En concreto, el artículo 19 explicita que las solicitudes de reunificación familiar de niños, niñas y adolescentes con extranjeros residentes deben tramitarse de manera prioritaria.

Ambos principios se repiten a la hora de evaluar una medida de expulsión. El artículo 129 dispone que en su fundamentación la autoridad debe considerar, respecto del extranjero afectado, si tiene “hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar”.

Por otro lado, la ley evidencia en su artículo 17 una armonía sistemática con las demás normas nacionales que consagran el derecho a la educación sin restricciones para los extranjeros, no constituyendo un factor de importancia su condición migratoria, al menos en la etapa preescolar y escolar. No queda totalmente claro, desafortunadamente, si aquello es también aplicable a la educación superior. La irregularidad tampoco es impedimento para que un NNAM goce de la seguridad social, aunque la norma se torna ilusoria en circunstancias de que sí es impedimento para sus padres o personas a su cuidado. Esto será objeto de análisis más adelante al analizar el requerimiento de inconstitucionalidad.

El artículo 41 estipula que aquellos NNA que soliciten permiso de residencia temporales se les otorgará de forma inmediata y con plena vigencia, independientemente

de la situación migratoria de la persona encargada de su cuidado personal. Ahora bien, el beneficio no es extensible a esta última.

Por último, un aspecto de vital importancia que trata la ley es la vulnerabilidad. Destaca el artículo 22 al abordar la política nacional de migración y extranjería, la cual debe ser definida por la o el presidente de turno. En la configuración de ella, se debe tener “especial preocupación por grupos vulnerables como niños, niñas, adolescentes”. También se alude implícitamente a la vulnerabilidad de los NNAM en el artículo 28, cuando se menciona que el Estado debe procurar una eficiente y eficaz prevención y combate del tráfico y explotación de NNA, además de promover la suscripción de tratados y convenios internacionales que faciliten el intercambio y traspaso de información a través de plataformas electrónicas.

En síntesis, la nueva ley de migraciones avanza bastante en materia de niñez migrante, abordando temáticas que el DL 1094 omitía. Destaca la mención de principios protectores y consideraciones respecto a la vulnerabilidad inherente del grupo sujeto a estudio. Por otro lado, se presentan ciertas ambigüedades respecto a la forma en que la autoridad administrativa debe asegurar la protección de los NNAM, además de algunos reparos de inconstitucionalidad, los cuales serán abordados más adelante.

Siguiendo con el análisis de la normativa nacional, cabe destacar la ley N°20.050 del año 2005, que reforma la Constitución Política de 1980 y que regula, entre otras materias, la nacionalidad en su artículo 10 y 11; la Ley 20.430 (año 2010) que establece disposiciones sobre protección de refugiados y el Decreto 837 que aprueba el Reglamento de la ley en cuestión; y la Ley 20.507 (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, ley especialmente sensible y necesaria para la niñez migrante dado su contexto de especial vulnerabilidad.

En resumen, estas normas tratan y regulan el ingreso, la expulsión, residencia, entradas al país, derechos, y delitos de tráfico de migrantes de las personas extranjeras en el país. El paradigma bajo el cual fueron creadas la primera gama de normas fue bajo una lógica de seguridad nacional, en donde se privilegia mayormente la seguridad del país y sus nacionales por sobre la del individuo que ingresa. Es positivo que las leyes recientes constituyen un cambio a esta concepción conservadora, aunque restan ciertos resabios, en

normas y reglamentos dispersos y en la misma ley de migraciones actual, de una cultura que desconfía del extranjero, poniendo en jaque los derechos constitucionales y humanos de una niñez migrante especialmente sensible debido a su ya mencionada vulnerabilidad.

2. Marco normativo constitucional chileno sobre la protección de los derechos de los NNA migrantes.

La Constitución Política de la República constituye una pieza clave en el análisis de la protección de la niñez migrante. El artículo 19 N°3 establece la igualdad ante la ley, dejando claro que no existe grupo ni persona privilegiada. Esto evidencia una universalidad al momento de aplicar la ley y garantizar derechos. A esto se suma el hecho de que el artículo 1° de la Constitución señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por lo cual en base a ambos artículos podemos establecer que toda persona que ingrese o se encuentre en el territorio chileno va a encontrarse en igualdad de condiciones a la hora de aplicarse y garantizarse sus derechos.

El artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y seguridad individual. En este sentido el Tribunal Constitucional entiende el primer concepto como: “La libertad que contempla el artículo debe ser entendida como libertad ambulatoria, es decir, como derecho a residir y moverse de un lugar a otro dentro del territorio y de entrar y salir de éste.”¹⁰⁵. El artículo 19 N°7 CPR no solo menciona la libertad personal, sino que también la seguridad individual, entendiendo esta seguridad como un medio para asegurar el libre desarrollo de la personalidad y de su existencia. En este sentido, la libertad estaría sustentada por esta seguridad individual que la Constitución establece, configurando una libertad de desplazamiento, aunque dentro de los límites del territorio nacional. Las únicas limitaciones en cuanto al acceso y circulación dentro del país la configuran el final de la letra a) del numeral analizado, el cual reza que se podrá hacer uso de este derecho con la

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional. “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional.

“condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”. Esas condiciones incluyen precisamente la condición de regularidad¹⁰⁶.

En Chile no existe una mención específica al derecho a migrar¹⁰⁷, tampoco se establece un marco de protección jurídico-constitucional a las personas migrantes ni menos a los niños, niñas y adolescentes extranjeros. Esta omisión es subsanable según la forma de interpretar la Carta Magna, asunto que será revisado más adelante. En lo que sigue se analizarán lo que a nuestro juicio son las bases constitucionales más relevantes en cuanto a los derechos fundamentales y garantías que cualquier NNA debiera acceder: el respeto por los tratados internacionales en cuanto a las materias que lo conciernen, el derecho a la educación y el derecho a la salud, los cuales, en base a lo establecido anteriormente, deberían aplicarse en igualdad de condiciones.

2.1 Respeto y promoción de Tratados Internacionales ratificados por Chile (Artículo 5° CPR)

No cabe duda que los tratados internacionales sobre derechos humanos que suscribe un país son parte del ordenamiento jurídico interno. La polémica surge en cuanto a la jerarquía que dichos instrumentos ocupan la pirámide normativa del país, en virtud de que la Constitución actual no lo delimita. Las posturas se reducen a tres: i) los tratados internacionales, incluso aquellos referentes a derechos humanos, no son sino leyes, compartiendo aquel status; ii) los tratados internacionales sobre derechos humanos, luego de la reforma del año 1989 que incorpora el inciso 2° del artículo 5, tienen jerarquía constitucional y; iii) los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional, básicamente según la delimitación que aquel inciso le impone a aquellos aspectos que emanen de la naturaleza humana, postura que comparten quienes escriben.

Al contrario de la visión más conservadora del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema se ha inclinado por la segunda postura, por lo que “en definitiva los derechos

¹⁰⁶ Avalado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que en su artículo 12 punto 1 establece: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.”

¹⁰⁷ Ejemplos en la región existen. Por ejemplo, la CPR de Argentina la promueve en su artículo 25, mientras que la ecuatoriana lo reconoce en su artículo 40.

humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”¹⁰⁸. De esta manera, es fundamental que el intérprete judicial logre conciliar las distintas fuentes normativas que existen, tales como la ley, la Constitución y los tratados internacionales, siempre buscando una aplicación que sea respetuosa hacia los derechos fundamentales.

Chile ha suscrito varios tratados internacionales cuyo objeto de protección, más o menos intenso y desarrollado, son los derechos humanos de NNA. Se hará un breve análisis de los acuerdos internacionales más relevantes suscritos por Chile en la materia. Se catalogarán entre aquellos cuya protección a niños, niñas y adolescentes migrantes se enmarca dentro de una serie de consagraciones aledañas, constituyendo una protección indirecta y genérica (1); aquellos que velan por los intereses de los NNA como grupo vulnerable, independiente de su origen o condición (2); aquellos cuya defensa forma parte de un plan general de protección al individuo migrante y su familia (3); y finalmente aquellos donde los derechos protegidos son específicamente los menores migrantes (4).

- i. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con distintos antecedentes jurídicos y culturales y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (Chile fue estado fundador). La Organización de las Naciones Unidas buscó unificar aquellos derechos entendidos como inherentes al ser humano, con el objeto de sentar una base transversal de protección, guía a los países miembros en su legislación interna y marco normativo modelo en lo sustancial para la creación de posteriores tratados. Consagra artículos tan relevantes como el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la igual protección de los derechos (artículo 1, 2 7 y 10), derecho a la libertad de circulación (artículo 13, aunque limita al respeto de las

¹⁰⁸ Corte Suprema. “Caso Ricardo Troncoso Muñoz y otros.”. Sentencia de 6 de abril de 2007, Rol N.º 4183, considerando 66.

normas de extranjería), derecho a la salud (artículo 25) y el derecho a la educación (artículo 26).

- ii. **Convención Americana de Derechos Humanos a nivel continental, más conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.**
- iii. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, ratificado por Chile el año 1989. Reconoce el derecho a condiciones de trabajo equitativas (artículo 7), la vida digna y protección a la familia (artículo 10 y 11), derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12), desarrollado más ampliamente en la Observación General N°14 de la ONU sobre el derecho a la salud, se reconoce a la salud como un derecho humanos fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.
- iv. **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, ratificada por Chile en 1990 y que constituye para efectos de esta tesis un pilar fundamental en la protección de los DDHH de NNA en su generalidad.
- v. **El Convenio N.º 182 de OIT de 1999, sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación**, determina las formas de trabajo infantil más peligrosas y obliga al Estado suscriptor a tomar medidas para prohibir y erradicarlas, así como cualquier forma de trabajo infantil.
- vi. **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**, terminado en el año 2003. Este acuerdo viene a reforzar la prohibición de explotación económica explicitada en la Convención sobre los Derechos del Niño/a, en miras a la preocupante masificación de pornografía infantil digital y el turismo sexual en el mundo.
- vii. **La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares**, ratificado por Chile el año 2005. Busca garantizar el derecho a la libertad (artículo 16), la protección contra manifestaciones de violencia (artículo 37), el derecho a la salud (artículos 28 y 45) y el derecho a la educación (artículos 30, 43 y 45).
- viii. **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños/as y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire**, incorporado a nuestro régimen jurídico el año 2004. En concordancia con la convención anterior, este protocolo busca instaurar

un instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas, focalizados en la prevención de esta práctica, la protección de las víctimas y la cooperación de los Estados para la consecución de dichos fines (artículo 2).

Todos estos tratados forman hoy parte de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo punto en común son la promoción y el respeto por los derechos humanos. En virtud de su ratificación y el valor que nuestra propia Constitución les concede, debe asegurarse su aplicación en, al menos, igual jerarquía que las normas constitucionales¹⁰⁹. Por consiguiente, el estatus del cual gozan es supra legal, debiendo las normas discutidas en el Congreso considerarlas de manera que su eventual dictación se armonice con ellas, así como los jueces deben hacer eco de ellas al momento de dictaminar, lo que no es más que la aplicación del denominado control de convencionalidad.

2.2 Derecho a la educación (Artículo 19 N°10 CPR)

El aumento de la población migrante ha tenido efecto también sobre el sistema escolar nacional, debiendo el Ministerio de Educación realizar modificaciones y adoptar políticas para lograr la inclusión de esta parte de la población e incorporarla al sistema educativo chileno.

La base fundamental del derecho a la educación está consagrada en nuestra Constitución en su artículo 19 N°10¹¹⁰. La educación en contexto migratorio se desarrolla en un ambiente de multiculturalidad que conlleva una serie de desafíos con el fin de evitar segregaciones. En Chile la educación se establece como un derecho para todas las personas, discutible en la práctica, pero establecido en su núcleo normativo de esta forma. En base a este precepto y al artículo 1° de la Constitución entendemos que no existe diferencias entre nacionales y extranjeros, por lo cual cualquier niño, niña o adolescente tiene derecho a acceder a la educación.

¹⁰⁹ Este es un asunto sin consenso absoluto, pero la mayoría de la doctrina así lo entiende

¹¹⁰ “El derecho a la educación. La educación tiene por objetivo el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. (...) Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia. (...) El segundo nivel de transición es obligatorio. (...) La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población”.

El contexto histórico que marca las bases del actual acceso a la educación comienza en el año 2003 por parte del Ministerio de Educación (MINEDUC), organismo que inicia la promoción del derecho en cuestión con el fin de fomentar la incorporación de los niños, niñas y adolescentes migrantes al sistema educativo. Se entregaron para esto permisos de residencia en condición de “estudiante titular” y una matrícula provisoria o definitiva en algún establecimiento reconocido por el Estado a aquellos NNA en situación migratoria irregular. A pesar de esto, la medida se tornó insuficiente ya que el permiso iba dirigido solamente para el estudiante y no así para todo el grupo familiar, en circunstancias que la vasta mayoría residía con su familia y que su incorporación misma formaba parte de un plan familiar¹¹¹.

El año 2005, el MINEDUC ordenó a las autoridades educacionales y a los establecimientos otorgar todas las facilidades para que los alumnos extranjeros pudieran ingresar al sistema educacional. Estas medidas cambiaban el estatuto de regularidad temporal a permanente para los efectos académicos, curriculares y legales. Además, se promovió a los centros educacionales la dictación de reglamentos de convivencia bajo los principios de tolerancia e inclusión, en conjunto con la amonestación de prácticas discriminatorias. Bajo la misma lógica, el 2007 la JUNJI firmó un convenio de colaboración con el Ministerio del Interior para facilitar el ingreso a sus programas de educación parvularia a hijos de inmigrantes y refugiados, independiente de su situación legal, para luego regular su estatuto. Esta, al igual que aquella iniciativa del 2003, se limitaba al niño o niña y no a la familia.

Durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, en 2014, se creó el Consejo de Política Migratoria y un año más tarde se conformó la Coordinación Migrante MINEDUC, como fruto de las orientaciones políticas en la materia, que tenía como norte garantizar el efectivo derecho a la educación e inclusión de niñas, niños y estudiantado extranjero, respetando los tratados y convenciones internacionales, al igual que los principios de igualdad y no discriminación, para así avanzar en una adecuada política migrante¹¹². Finalmente, el año 2018, el presidente Sebastián Piñera redefine un criticado

¹¹¹ Ministerio de Educación (2018). Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022. División Jurídica MINEDUC, p. 12 y ss.

¹¹² IBID.

proyecto del año 2013 en el que, en materia educacional escolar, busca garantizar el acceso a educación parvularia, básica y media bajo las mismas condiciones que un nacional. En la actualidad, cualquier NNA migrante que no cuente con cédula de identidad puede optar a un identificador provisorio escolar (IPE) hasta que cuente con su situación migratoria regularizada¹¹³.

Si bien cada uno de estos proyectos representó un avance, la base del tratamiento jurídico se limitó a la igualdad de acceso y no de recepción de contenidos, en circunstancias que el migrante se inscribe en el sistema con una desventaja heredada de un sistema más precarizado que el nacional, desatendiendo sus necesidades especiales y obviando un proceso necesario para la verdadera inclusión e igualdad deseada.

La Ley 20.370 que establece las Bases Generales de Educación, promulgada el año 2009, y la Ley 20.845 de Inclusión Escolar que regula la Admisión de las y los Estudiantes, publicada el 2015, son parte de la normativa nacional que contiene principios que han permitido el desarrollo de políticas públicas recientes enfocadas en la incorporación de niños, niñas y adolescentes migrantes al sistema educacional del país. En la primera, se consagran explícitamente los principios de universalidad y educación permanente, equidad, multiculturalidad, integración, flexibilidad, participación y diversidad (artículo 3). Por su parte, la segunda, que modifica ciertos aspectos de la anterior, introduce los principios de educación inclusiva y no discriminación arbitraria (artículo 7 bis).

En base a la investigación realizada por UNICEF sobre inclusión de niños y niñas migrantes en el sistema de educación parvularia, se llegó a la conclusión de que “en la actualidad, el sistema de educación parvularia, a través de las definiciones institucionales de Junji e Integra, no establece barreras de acceso a niños y niñas en contexto migratorio. Por un lado, las variables de priorización que utiliza la Fundación Integra no consideran una selección especial a las familias migrantes, estableciendo la priorización por situación de vulnerabilidad familiar, mientras que en JUNJI el ingreso de niños y niñas pertenecientes a familias migrantes en situación irregular o en calidad de refugiadas es

¹¹³ ORD N° 894 de 07/11/2016, que *Actualiza instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes migrantes en los establecimientos educacionales*. División Jurídica, Ministerio de Educación.

primera prioridad, es decir, debieran ingresar automáticamente”¹¹⁴. Por lo cual en la educación parvularia, el sistema da cuenta de no presentar grandes barreras en cuanto a su acceso¹¹⁵.

En el plano del Derecho Internacional la normativa marco es la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual Chile suscribió y por tanto en base al artículo 5° de la Constitución Política de la República, debe respetar y garantizar. En su artículo 23° numeral 3° se asegura el acceso efectivo a la educación, siendo necesario para su correcta aplicación que el Estado proporcione todos los medios posibles a fin de dar un cabal cumplimiento a su acceso.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos también hace mención a la educación en su artículo 26¹¹⁶: “. El concepto de gratuidad no es solo propuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de hecho, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 también lo establece y el Pacto de San José de Costa Rica se remite a la Carta de la Organización de Estados Americanos que precisa el alcance e implicaciones en cuanto a la educación.

Así, el derecho a la educación se ve plasmado en distintos cuerpos normativos, constituyendo como aspecto esencial para la sociedad, tanto su gratuidad en el ámbito escolar como parvulario, y su aplicación en igualdad de condiciones a NNA nacionales y migrantes. Consideramos que la normativa nacional ha avanzado en buena dirección para garantizar lo anterior, sin embargo, principios tan cruciales como la integración y la multiculturalidad deben ampliarse tanto en la normativa nacional como en los reglamentos locales, por cuanto el acceso igualitario no se cumple en la medida que existan brechas tan importantes en un universo cada vez más diverso. Un reciente informe OCDE en materia educacional desnudó al país en materia de inclusión intercultural. Una visión que invisibiliza de la migración infantil, sumado a un sistema rígido en el destino de los recursos, ha repercutido que en Chile hoy se carezcan de mecanismos acogedores respecto

¹¹⁴ UNICEF (2019). Inclusión de niños y niñas migrantes y sus familias en el sistema de educación parvularia. Resumen ejecutivo. Subsecretaría de Educación Parvularia UNICEF, p. 6.

¹¹⁵ A pesar de esto, el acceso material es limitado. Según la encuesta Casen del año 2017, apenas el 51,8% de menores entre 0-5 años nacidos en el extranjero asisten a instituciones de educación parvularia.

¹¹⁶ Artículo 26 Declaración de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental”.

del menor extranjero. El informe indica que el país carece de medidas en materia comunicacional, por lo que urge la presencia de profesionales encargados del aprendizaje del extranjero no hispano-hablante. De igual manera, se debe situar al medio como un agente de cambio. Es necesario adaptar el entorno escolar a la presencia y acogida de los NNAM, lo que incluye el cuerpo docente, los compañeros de curso y también los padres de los menores¹¹⁷. Así, se podrá dar efectivo cumplimiento a los principios de diversidad e integración incluidos en la ley 20.370, Ley General de Educación.

2.3 Derecho a la salud (Artículo 19 N°9 CPR)

En el sistema jurídico chileno se consagra el derecho a la salud desde la perspectiva del acceso igualitario y libre a las acciones de salud, a través de instituciones públicas o privadas, garantizándose el derecho a elegir el sistema de salud del cual se desea ser parte. Esto en realidad se ve mayormente determinado por barreras económicas, por lo cual la persona adhiere al sistema privado o público dependiendo de los recursos con los que cuenta y que por tanto podrá pagar.

El derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de la República, por tanto, es un derecho regulado y garantizado para todos aquellos que se encuentren en el territorio de Chile. No se hace mención alguna que establezca algún tipo de diferencia entre nacionales o extranjeros, en consecuencia y considerando que en otros artículos de la CPR sí se realiza la distinción¹¹⁸, se asume de base que todo aquel que se encuentre en el territorio nacional es susceptible de gozar de este derecho. Con la idea del acceso igualitario consagrado en la CPR se hace referencia a que las prestaciones que finalmente se entreguen deben ser iguales para todos los individuos de la población, sin que existan privilegios ni discriminaciones arbitrarias.

A pesar de esta idea, la realidad apunta a que el inciso final del artículo 19 N°9 es aquel que se protege (derecho a elegir el sistema de salud al que se quiera acoger, sea estatal o privado). Existe por tanto una garantía de libertad de elección en cuanto al sistema de atención, más allá de una protección integral hacia la salud.

¹¹⁷ OECD (2019). Strength through diversity: Country spotlight report for Chile. OECD Education Working Papers No. 210, pp.9-14

¹¹⁸ Se mencionarán más adelante en el subcapítulo que analiza los fallos del Tribunal Constitucional.

Las fuentes legales nacionales respecto a la salud que enmarcan este respeto y protección constitucional son las siguientes:

1. Ley 18.496, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea el régimen de prestaciones de salud.
2. Código Sanitario, contenido en el DFL N°725.
3. Ley 18.933, modificada por Ley 19.381 y Ley 20.015 en mayo de 2005, la cual crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por las ISAPRES.
4. Ley 19.966, que establece el régimen general de garantías en prestaciones de salud, su acceso universal y sin discriminación.
5. Decreto Ley N.º 3.500 de 1980 y Decreto Ley 3501, que regulan la cotización obligatoria.

Saliendo del mundo abstracto normativo, la realidad migratoria presenta condiciones sanitarias que complejizan el panorama de la salud en la población extranjera. El hacinamiento presente en migrantes es de un 21,4% versus un 6,7% en el caso de los nacidos en Chile¹¹⁹, a esto se suma que existe un alto porcentaje de migrantes que no cuentan con su propia vivienda, si no que arriendan sin contrato estableciéndose en campamentos o piezas que no cuentan con condiciones de seguridad ni con condiciones mínimas de higiene como agua, alcantarillado y disposición de residuos.

En cuanto al acceso a la salud, la población migrante pertenece en un 62% al sector público FONASA, mientras que un 15,7% no se encuentra adscrita a ningún sistema de salud. Esta cifra en el caso de los niños, niñas y adolescentes menores de 14 años es de un 26,6%¹²⁰ frente a apenas un 1,5% de nacionales. De esta manera, la adscripción al sistema de salud en el caso de los NNAM es menor en relación a la población migrante adulto y muchísimo menor en comparación a sus pares chilenos.

“El informe anual de derechos humanos de 2015 de la Universidad Diego Portales, en el capítulo de acceso a la salud de las personas migrantes en Chile, reconoce avances importantes en el sector, valorando algunas de las acciones del Piloto de Salud de

¹¹⁹ Ministerio de Salud, FONASA y Superintendencia de Salud (2018). Política de salud de migrantes internacionales, p.10.

¹²⁰ IBID

Inmigrantes, pero señala que se han detectado casos, de denegación de acceso a los Servicios de Salud a migrantes en situación irregular por no contar con su cédula de identidad vigente o RUN, además de casos de discriminación, malos tratos y otras barreras de acceso¹²¹»

Lo anterior es contrario al Decreto Supremo N°67 del Ministerio de Salud¹²², que incorpora una cuarta circunstancia de carencia de recursos consistente en una persona migrante que carece de documentos o permisos de residencia, permitiendo así que las personas en estas condiciones puedan ser beneficiarios del Régimen de Prestaciones de Salud de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 136 letra e) del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Salud.

Esta normativa favorece por tanto la condición de migrante sin visa o situación irregular, dándole el beneficio de poder acceder al sistema de FONASA en calidad de indigente o carente de recursos, de la misma manera que lo puede hacer un nacido en Chile. Así, esta normativa equipara los derechos de las personas migrantes y nacionales, dejándolos a ambos en iguales condiciones en cuanto a medidas de seguridad y salud pública.

Sumado a las normativas descritas anteriormente, en el ámbito administrativo paulatinamente se ha ido incorporando distintas normas con el fin de regular y hacer frente a una realidad multicultural y con estatus migratorios diversos¹²³.

¹²¹ IBID, p.11.

¹²² El cual a su vez modifica el Decreto Supremo N°110 del Ministerio de Salud, que fija las circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes (tramo A de FONASA) dando fórmulas de cálculo para ellos.

¹²³ Las más relevantes son:

1. Oficio Circular N°1179 del Departamento de Extranjería e Inmigración, instruye a la autoridad migratoria a recibir las solicitudes de visa de residencia temporaria a quienes se encuentren embarazadas.
2. Oficio Circular N°6232 del Departamento de Extranjería e Inmigración, precisa el sentido y alcance de la circular N°1179 ampliando el beneficio a aquellos que, habiendo tenido permiso de residencia en el país, se encuentre vencido, debiendo acreditar su condición de irregularidad.
3. Resolución Exenta N°3972 Aprueba Convenio de Colaboración Técnica entre Ministerio de Interior y Seguridad Pública y el Fondo Nacional de Salud, para el caso de personas migrantes en calidad de refugiados, en virtud del Convenio celebrado entre FONASA y la Subsecretaría del Interior, aprobado por la R.E. N°2453 se les asegura una cobertura total de salud en la red pública.
4. Resolución exenta N°1914 Aprueba el Convenio de colaboración entre Ministerio de Salud y Ministerio del Interior y Seguridad Pública. En este convenio se busca generar procedimientos

Según las fuentes normativas expuestas, se evidencia un avance en cuanto a las normas y prácticas que dan amparo a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA migrantes en materia de salud. Aun así, los datos siguen arrojando cifras preocupantes en el acceso a esta. Los NNAM se encuentran expuestos a factores de estrés psicosocial mayores al de un menor nacional, pero en la práctica acuden menos a los servicios de salud. La migración ya sea forzosa o voluntaria implica una separación de la familia y de la cultura natal, y un desprendimiento de las redes de apoyo y capital social habituales, que los sitúa en un plano de mayor ansiedad y desafío ante la integración social. Urge formular técnicas para acercar a la población migrante a los servicios de salud, lo que abarca un proceso informativo importante, focalizado según la edad y las particularidades culturales de cada grupo internacional. Por último, creemos que es de vital importancia mutar la concepción constitucional de resguardo de la libertad de elección hacia una que garantice la protección integral del derecho a la salud, acorde a los instrumentos internacionales suscritos por Chile.

necesarios para proporcionar atención en los establecimientos de la red pública de salud en igualdad de condiciones a todos los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años migrantes, con independencia de su situación migratoria y la de sus padres e inscribir a los niños, niñas y adolescentes en los establecimientos de atención primaria correspondiente a su domicilio, pudiendo a la vez solicitar un permiso de residencia temporaria con el certificado que acredite esta inscripción.

5. Oficio Ordinario N°3229 del Ministerio de Salud, a propósito del Convenio anterior, se instruye a que las personas extranjeras que se encuentran en Chile en condición migratoria irregular, tienen derecho a atención médica de urgencia.
6. Oficio Circular A 15 N°06 del Ministerio de Salud sobre “Atención de salud de personas inmigrantes”. Desvincula la atención de salud de la situación migratoria y establece que se facilitarán todas las prestaciones de salud pública independiente de la situación migratoria a embarazadas pre y post parto hasta los 12 meses del nacimiento, a los niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años, a casos de urgencia sólo se cobrará cuando el paciente declare poder pagar las prestaciones recibidas. Complementa el Ordinario A 14 N°3229 reafirmando el derecho a los bienes públicos de salud en casos como anticoncepción de emergencia, vacunas, enfermedades de transmisión sexual y cuando sea necesaria la educación sanitaria.
7. Circular A 15 N°4 imparte instrucciones para implementación del Decreto Supremo N.º 67 y establece todas las vías de acceso al Sistema Público de Salud de las personas migrantes internacionales.
8. Resolución exenta 4 E N°1439 del Fondo Nacional de Salud, que aprueba el procedimiento de acreditación para inmigrantes sin documentos o permisos de residencia.
9. Realización del Piloto de Salud de Inmigrantes. En este trabajo se busca disminuir las barreras de acceso a la salud y a la atención de salud respecto a las personas migrantes. Se realizaron 3 jornadas de monitoreo y evaluación intermedia del Piloto de Salud de Inmigrantes. En estas jornadas se intercambiaron experiencias y buenas prácticas en torno a cómo acortar brechas de acceso en la población migrante internacional.
10. Convenio de Colaboración con el Ministerio de Salud: tiene como objeto prestar atención en salud mental a niños y niñas vulnerados en sus derechos en situación judicializada y que residen en hogares de menores del Sename. Si bien no es una cooperación cuyo enfoque principal sean los menores migrantes, el principio de no discriminación imposibilita la discrecionalidad arbitraria..

3. Normativa constitucional relativa a NNA migrantes

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, suscrito y ratificado por nuestro país, establece una obligación bipartita del Estado en relación a los derechos que consagra: una positiva y una negativa. La primera hace alusión a la protección y satisfacción de los mismos, mientras que la segunda aboga por su respeto. Es decir, existe una obligación de abstención en la afectación e intervención en el desarrollo, efectividad y contenido de un conjunto de derechos sociales, no entorpeciéndolos; y una obligación de proteger los mismos y su contenido a través de un conjunto de acciones positivas, que van desde la obligación de la regulación jurídica de los derechos mediante un desarrollo completo de su contenido, hasta posibles mecanismos de reparación y sanción ante una posible vulneración de ellos¹²⁴.

La filosofía del derecho ha catalogado a la Carta Fundamental como aquel texto de mayor valor jurídico en un ordenamiento nacional. Desde Hans Kelsen y su insigne pirámide, hasta el aterrizaje a nivel latinoamericano de Carlos Nino, existe consenso en el derecho contemporáneo en cuanto a que la Constitución es la base de la institucionalidad bajo la cual se desarrolla un Estado de derecho. Su carácter supra legal le otorga una jerarquía indiscutible a la hora de definir interpretaciones o antinomias jurídicas, radicando la importancia de que ciertos derechos y personas susceptibles de verse vulneradas aparezcan explícitamente mencionadas, con el fin de consagrar su protección.

Como se anticipó anteriormente, en la CPR chilena no existe una mención al migrante, solo se limita a regular al extranjero en su capítulo segundo en cuanto a la nacionalidad. Es un hecho que Chile es un país cuyos flujos migratorios no han tenido la magnitud de otros países del continente, como EE.UU., Brasil o la vecina Argentina, que en sus años icónicos llegaron a recibir a millones de personas. Si a eso se le suma que la elaboración de nuestra Constitución proviene de un contexto dictatorial y de tensión regional, una consecuencia jurídica esperable es que ni la migración ni la protección de personas migrantes figuren en ella.

¹²⁴ Triguero, Luis Ángel. (2012). *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes* (Tesis doctoral). Universidad de Granada, p.104.

De hecho, la misma data configura un factor de exclusión: la evidencia internacional sugiere que mientras más reciente sea la CPR, más se menciona la migración, y Chile en el contexto de América Latina y el Caribe alberga la octava Constitución más longeva, de un total de 33¹²⁵. Aun así, son 17 los casos de países que mencionan una protección general, en los cuales se proclama la protección de los derechos de la población extranjera al interior de las fronteras nacionales, sin discriminación y con igualdad de derechos, pero sin mención explícita de la garantía de derechos sociales específicos (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Uruguay y Venezuela). Ahora, si se cuentan aquellos en que se hace una mención explícita a la protección para las personas extranjeras y sus derechos sociales en igualdad de condiciones con la población nacional, la cuenta queda reducida solo a 7 (Bolivia, Cuba, Ecuador, Haití, México, Panamá y la República Dominicana)¹²⁶.

De esta manera, Chile queda en la segunda mitad de países que no consagra ningún tipo de protección explícita al sujeto migrante, tanto en su forma adulta como NNA. Esto podría constituir un drama para quienes se ven vulnerados en sus derechos, ya que además del hecho de que los migrantes acuden poco a la justicia, cuando decidieren hacerlo, quedan desprovisto de un marco constitucional que los ampare. Ahora bien, ¿es absoluta la desprotección?

El texto constitucional pocas veces usa la palabra “nacional” o “ciudadano” para referirse al sujeto de derecho protegido por su regulación, que a priori dejaría sin protección a cualquier migrante que esté esperando que se le otorgue aquel estatus (en función del artículo 10 de la Constitución, deben residir por un mínimo de 5 años en territorio nacional para poder optar a la nacionalidad), que esté regularizando su situación, o sea derechamente irregular. Más bien la Constitución usa conceptos genéricos como “persona”. De hecho, solo en su artículo primero la utiliza en tres oportunidades¹²⁷:

¹²⁵ Maldonado, C., Martínez, J. y Martínez, R. (2018). Protección social y migración. Santiago, Chile. CEPAL, p. 60.

¹²⁶ IBID, p. 62

¹²⁷ “Artículo 1: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Por otra parte, el mismo capítulo primero en su artículo 6 hace alusión a los límites de las actuaciones de los órganos del Estado y a la transversalidad en la obligatoriedad que supone el texto constitucional:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

Si a eso le sumamos el respeto irrestricto que el ejercicio de la soberanía nacional le debe a los tratados internacionales suscritos por Chile, nos encontramos con que la protección a los derechos consagrados en la Constitución, y sobre todo aquellas garantías fundamentales consagrados en el numeral 19, no debiera verse limitada a la protección del nacional, por cuanto “su propio carácter definidor de la persona como universal impide condicionantes adicionales como el de nacionalidad¹²⁸”.

Más allá de lo anterior, quienes escriben consideran que, en virtud del actual proceso constituyente, la incorporación explícita del sujeto migrante en la nueva Constitución es una oportunidad única para relegar del olvido a quienes migran a nuestro país en busca de mejores condiciones. Aledaño a ello, y en virtud de que todo parece indicar que la niñez será abordada en la Carta Magna, la redacción particular debiera incorporarse su protección sin discriminación de origen, viéndose incorporado, por ende, cualquier NNA que se encuentre en nuestro país.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

¹²⁸ Triguero, Luis Ángel. (2012). Óp.. Cit.

4. Expulsión administrativa de extranjeros y consideración a derechos de la niñez

Como se anticipó anteriormente, la base de la regulación nacional frente a las personas extranjeras fue hasta hace apenas unos meses el Decreto Ley 1094, del año 1975. Esta norma controversial, documenta los principios de una era turbulenta en nuestro país. Su aplicación no ha estado exenta de polémica, y es que las amplias facultades que poseían (y poseen aún) los órganos administrativos en la interpretación y aplicación de la ley violaban constantemente los derechos humanos de los afectados. Las vulneraciones se plasmaban tanto en la entrada como en la expulsión de migrantes. La norma era tan amplia, que podía llegar a constituir absurdos: especial revuelo causó el caso de dos muchachos peruanos que fueron expulsados del país el año 2017 por funcionarios de la PDI, luego de que hubieran recibido una orden de la Intendencia Regional de Antofagasta, como consecuencia de que a los estudiantes se les encontró literatura anarquista y marxista en su mochila¹²⁹.

Más allá de casos particulares, en los siguientes párrafos se abordará jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de las Cortes de Apelaciones, en un desglose de las principales posturas adoptadas por ambos tribunales.

4.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A pesar de que, como se mencionó anteriormente, el grueso de esta tesis fue escrito en el espacio temporal de la antigua ley de migraciones y que, debido la poca longevidad de la ley actual a la hora de ser publicado este trabajo, no hay prácticamente jurisprudencia

¹²⁹ Presentan recurso de amparo por expulsión de jóvenes peruanos. (13 de abril de 2017). *Diario UChile*, p.1. El numeral 1° del artículo 15 de la Ley de Extranjería expresaba que se prohíbe el ingreso al país de los extranjeros “que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”. Sin perjuicio de que la decisión fue revertida por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, luego de que fuera presentado un recurso de amparo por el INDH de Antofagasta y la Coordinadora Nacional de Inmigrantes, no siempre sucede así. A continuación, se darán a conocer sentencias ilustrativas que resumen lo dividido que se encuentran los tribunales de nuestro país en la materia.

para ser estudiada, es atingente revisar los criterios que el Tribunal Constitucional ha utilizado pues la base jurídica es aún la misma. En particular, se analizarán dos fallos icónicos, con características muy similares, pero con determinaciones dispares, amén de una jurisprudencia poco categórica en cuanto a las consideraciones que adopta el TC en la expulsión de personas migrantes. Por último, se desglosará un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de disposiciones contenidas en el entonces proyecto de Ley de Migración y Extranjería, en todo lo que refiere a NNA migrantes.

a) Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por expulsión injustificada de ciudadano haitiano. - Rol 2273-12 - Acogida

Esta sentencia fue dictada por el Tribunal Constitucional como consecuencia de una expulsión administrativa de un ciudadano haitiano bajo el alero del artículo 13 del DL 1094¹³⁰. El caso se contextualiza en una supuesta falsificación del contrato de trabajo que permite optar por la residencia temporal, requisito que es sumamente difícil de alcanzar y fuente de variados abusos y negocios ilegales. Los órganos de la Administración habrían actuado sobrepasando sus funciones, atribuyéndose facultades propias de otros órganos del Estado, procediendo de manera arbitraria.

El fallo es particularmente interesante por cuanto hace un análisis exhaustivo del alcance que la palabra “persona” tiene en nuestra Carta Fundamental. El Tribunal hace un repaso por los múltiples tratados internacionales integrados a nuestro ordenamiento jurídico, indaga el concepto en las Constituciones chilenas previas, cita las múltiples discusiones de las Actas Constitucionales en cuanto a la palabra específica a incluir en la redacción, reconoce la distinción del nacional frente al extranjero en la legislación comparada aunque no así en la nacional y, finalmente, contrasta la norma recurrida con la consagración específica que figura en nuestra Constitución. Por su completitud y abordaje integral de las distintas aristas que conciernen la materia, se hará una síntesis de sus contenidos más importantes.

En la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, se esgrime que no es coherente concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país

¹³⁰ Otorgaba una amplia facultad discrecional al Ministerio del Interior en el otorgamiento de Visas, en función a la “utilidad y conveniencia” que el extranjero le pueda reportar al país.

solo desde la mirada del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, se expone, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país (Considerando Tercero).

Desde el derecho comparado, se citan las constituciones de Colombia, Brasil, Argentina y Canadá en el contexto interamericano, y de Alemania, España, Italia y Portugal en el europeo, para ejemplificar las diferencias que en el plano constitucional se le hace a los nacionales versus extranjeros en cuanto al derecho de residencia, la libertad de circulación y el derecho de ingresar al territorio del extranjero, dejando en claro que esta diferencia, para justificar aplicaciones de derecho distintas, debe estar expresa en el texto constitucional, tal y como se consideró e intentó en la redacción de la Constitución de 1925 y su posterior modificación en 1950. El hecho de que existan distinciones en otros numerales y artículos de la CPR¹³¹, deja en claro que la omisión en la distinción en los restantes derechos tuvo un propósito y no fue producto de una omisión involuntaria (Considerando Trigésimo Primero).

De las conclusiones emitidas en las Actas Constitucionales sobre el alcance del término empleado, se reconoce que el concepto tiene un límite territorial, puesto que se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional. De esta manera, quienes ingresan al país quedan sometidos a la jurisdicción plena de nuestra legislación al amparo del derecho internacional de los derechos humanos. Así, “esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente” (Considerando Vigésimonoveno)¹³².

¹³¹ Ejemplos hay muchos: las reglas limitativas en los derechos políticos de los extranjeros (artículo 14 de la Constitución), en el financiamiento a los partidos políticos con fuentes de recursos cuyo origen radica en el extranjero (artículo 19 N° 15, inciso quinto, de la Constitución), en el dominio de todas las minas como un espacio vedado a extranjeros, pero no así al régimen de concesiones (artículo 19 N° 24, inciso sexto CPR) y, finalmente, en la aceptación de discriminaciones en cuanto a la idoneidad y capacidad laboral para proteger en determinados casos la fuerza de trabajo local (artículo 19 N° 16, inciso tercero, de la Constitución),

¹³² El razonamiento continúa, en una interpretación a lo menos novedosa, que la Constitución no solo le otorga la misma titularidad a los nacionales y extranjeros, si no que incluso la refuerza, a través del artículo 7 letra a) “Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.”

Bajo estos supuestos, el enfoque bajo el cual se deben analizar los permisos de visados debe mutar, de manera de “sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país” (Considerando Cuadragésimo). Es esencial, tanto en la aplicación de normas de rango legal como ante dudas en la aplicación de un precepto que se tenga en consideración el principio rector de supremacía constitucional.

El caso en cuestión fue fallado a favor del recurrente en base al numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política, el cual hace alusión al derecho a la igualdad y no discriminación, rechazándose ajustadamente lo invocado en función al numeral 3° de dicho artículo (vulneración al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, toda vez que es la autoridad administrativa la que condena a abandonar el país, sin que exista un proceso previo, ante órganos jurisdiccionales) y al artículo 7° (vulneración al principio de juridicidad, en cuanto la autoridad administrativa se atribuye más derechos que los que expresamente se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes). Un aspecto muy importante a considerar es lo remarcado por la profesora Liliana Galdámez, en relación al tratamiento sin distinciones de los tratados internacionales contingentes al tema en cuestión: “[e]n la medida que ellos modifican con su entrada en vigencia la normativa previa, tienen por tanto el poder de modelar y transformar el derecho vigente y desde esta perspectiva claramente su jerarquía está por sobre la del D.L. en comento. Dichos tratados se constituyen en un parámetro para el control de constitucionalidad, se integran al ordenamiento interno y engrosan y complementan el catálogo de derechos contenidos en la Constitución”¹³³.

Para aterrizarlo a nuestra tesis, el fallo cita en su Considerando Quincuagésimo que el Ministerio del Interior debe aplicar un nuevo estándar y en función de él tener en cuenta, entre otras cosas, “las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación

¹³³ Galdámez Zelada, Liliana (2013). Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. N° 10.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N° 2257-12-INA. Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca, p.8.

familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”. Esto es de suma relevancia para el desglose de la siguiente sentencia.

b) Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por expulsión injustificada de ciudadana haitiana. Rol 2257-12 - Rechazada

Pocos meses después de haber dictado el fallo analizado anteriormente, llegó al pleno del Tribunal Constitucional un caso bastante similar. Es más, las pretensiones de derecho son las mismas, en circunstancias que lo que motivó a la recurrente a acudir a la justicia es también una supuesta expulsión arbitraria contraria al derecho constitucional vigente. Las cuestiones sobre las que se pronuncia la sentencia son prácticamente idénticas, de hecho, recuerda la sentencia anterior y hace un resumen de lo ya expuesto (analizado más arriba). Sin embargo, en vistas de un empate de votos en la interpretación del inciso primero del artículo 13 del DL 1094, ya que en relación al resto de los incisos y artículos puestos en cuestión todos fueron desechados por mayoría, la acción fue desestimada, por cuanto no alcanzó el quórum necesario de mayoría absoluta (artículo 93 numeral 6 de la CPR). Estimamos que las razones por las que esta vez no se haya alcanzado la mayoría tienen relación con las observaciones que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública le hizo al requerimiento, con argumentos sólidos. Sin perjuicio de lo anterior, parece insólito que la Corte modifique la tendencia el mismo año, contradiciéndose con las consideraciones de los tratados internacionales atinentes a la materia, que ella misma había hecho valer para fundamentar el fallo anterior. ¿Qué cambia?

Los casos comparten las siguientes características:

- 1 Otorgación de visado temporal de 1 año a ciudadana haitiana a condición de contar con un contrato de trabajo válido al término de dicho período.
- 2 Expulsión administrativa del país por supuesta falsificación de contrato de trabajo, sin posibilidad de descargo frente a la actuación administrativa.
- 3 Supuestas vulneraciones al derecho de igualdad, al debido proceso y al principio de inocencia.

La gran diferencia es que en el presente caso la recurrente tenía un hijo recién nacido a su cargo, que cumplía con los requisitos para ser inscrito como chileno, hecho que había sido advertido por la misma autoridad que decretó la expulsión de la madre (Ministerio del Interior). Esto es grave por cuanto las circunstancias, lejos de facilitar el vuelco en la interpretación, debieran haberla confirmado. Tal como lo advierten los señores ministros Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino en la argumentación de su voto minoritario, en la que abogaban por la admisión del recurso en todas sus partes, “(43) O se expulsaba a un eventual chileno menor de edad de su país por las deficitarias motivaciones que se esgrimen en el Informe de la Policía de Investigaciones, o se expulsaba sólo a la madre, dejando al menor en el país; (44) Que, en consecuencia, las circunstancias concretas del caso ofrecían a la autoridad someter a un menor a una especie de extrañamiento o se tomaba la decisión de dejar al menor en el país desintegrando la familia y violando con ello el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad¹³⁴”.

La vulnerabilidad de menores de edad migrantes es un hecho indiscutido en la doctrina y jurisprudencia internacional, lo que se contrapone a la deriva que dejan las instituciones responsables del país a la ciudadana haitiana y su hijo. El hecho de que ciertos derechos fundamentales, como los principios de reserva legal y el de igualdad, limiten el poder público ejercido por la Administración¹³⁵, y tomando en cuenta que la CPR no distingue entre nacionales y extranjeros, queda de manifiesto que el Tribunal no solo desconoce tratados internacionales, sino que pone en jaque sus propias normas y el principio de supremacía constitucional.

¹³⁴ Luego, de buena manera se recuerda una norma de carácter laboral para definir la interpretación desde una perspectiva en la que se tenga en cuenta las circunstancias familiares en la que se encuentra la persona objeto de revisión: “(45) Que, sumado a ello, la decisión de la autoridad competente tuvo en cuenta un informe que se circunscribía exclusivamente a las circunstancias laborales de la requirente. Sin embargo, a la luz de todos los argumentos ya planteados en este voto sobre el sistema de reglas que se aplicó para tomar la decisión, debe recordarse también que el ordenamiento jurídico contiene una disposición que permite interpretar el caso de la requirente desde otra perspectiva, y es que el artículo 20, N°2 del Código del Trabajo establece que para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: “3.- *se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chilenos*”.”

¹³⁵ Bassa, J. (2007). Reserva legal y protección de los Derechos Fundamentales de los Migrantes. *Revista del Magister y doctorado en Derecho*, (1), p.19

Como última apreciación de vulneración de garantías fundamentales, el plazo para interponer el recurso que decreta la expulsión administrativa se limitaba a 24 horas una vez notificada la resolución, ante la Corte Suprema (artículo 89 y 90 del Decreto Ley N°1.094). La intención del legislador es a lo menos ingenua, considerando que quienes podrían hacer uso de esta prerrogativa son migrantes con pocas herramientas y que en muchos casos desconocen incluso el idioma¹³⁶.

El hecho de que aún existan estas normas de rango legal en nuestro ordenamiento, preconstitucional, hecho en dictadura y por ende en un contexto en el que la base para analizar permisos de residencia se basaba en la seguridad nacional, evidencia el desfase a la realidad actual y el camino que aún le falta para recorrer a Chile en el respeto por los derechos humanos de las y los migrantes, cualquiera sea su edad.

c) Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N°8.970-06. Sentencia Rol 9930-2020 de 29 de enero de 2021

A finales del año 2020, un numero grupo de diputados y diputadas presentó un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del entonces proyecto de la nueva ley de migración. Se analizará la determinación del referido tribunal respecto a la impugnación N°9, la cual alega la inconstitucionalidad del artículo 132 del proyecto de ley¹³⁷, e impugnación N°2, sobre los incisos 2° y 3° del artículo 16.

¹³⁶ Al respecto, revisar sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de causa de amparo constitucional Rol 2531-2012, dictada con fecha 14-01-2013.

¹³⁷ “Artículo 132.- Retorno asistido de niños, niñas y adolescentes. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados y que no cuenten con la autorización del artículo 28 no podrán ser expulsados. Sin perjuicio de ello, podrán ser sujetos a un procedimiento de retorno asistido al país del cual son nacionales, coordinado por la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes. Las condiciones bajo las cuales se implementará dicho procedimiento serán establecidas en el reglamento. La decisión de retorno asistido, así como el procedimiento mismo, se realizará privilegiando el interés superior del niño, niña o adolescente y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto a sus derechos y garantías consagrados en la Constitución y en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Este procedimiento deberá iniciarse en el plazo más breve posible, que en ningún caso podrá superar los tres meses desde el ingreso del niño, niña o adolescente no acompañado al territorio nacional. El procedimiento de retorno asistido regulado en el reglamento se sujetará a los principios de interés superior del niño, derecho a ser oído, no devolución y demás principios aplicables. Se le informará al niño, niña o adolescente de su situación y derechos, de los servicios a los que tiene acceso y del procedimiento de retorno al que será sometido, así como del lugar y condiciones en que se mantendrá en el país mientras no se realice el retorno”

En cuanto al primer artículo mencionado, se refiere a la situación de los NNA extranjeros que no se encuentran acompañados ni cuentan con autorización escrita al momento de ingresar al país, o que no disponen de documentos de viaje, así como también los NNAM no acompañados que, una vez ya en Chile, no cuenten con la autorización de las personas competentes para salir del país o del tribunal que corresponda.

El TC acoge la inconstitucionalidad de la norma, basándose en los siguientes motivos: a) es una norma contradictoria, en cuanto por una parte, se presenta un “mandato de no expulsión de estos niños, niñas y adolescentes”, y por la otra, favorece “un tipo de retorno asistido hacia sus redes filiales, nacionales y familiares” (considerando centésimo quinto), obviando un procedimiento integral de protección, alejándose de certeza jurídica mínima y contribuyendo a una indeterminación que incrementa la vulnerabilidad; b) no señala causales excepción a la regla general de expulsión; c) no identifica cuál es la autoridad encargada de protección de niños, niñas y adolescentes; d) no respeta el principio de reserva legal en materia de libertad personal y seguridad individual; e) no cumple con estándar de protección de NNA, por cuanto “no regula la forma de designación de un tutor; tampoco un procedimiento definido a seguir ni un recurso judicial que permita la revisión de la actuación administrativa y la evaluación del interés superior de los NNA” (considerando centésimo noveno), lo que viola los literales a) y b) del numeral 7º del artículo 19; y f) no contempla la intervención de tribunales de justicia para el resto de los casos, no permitiendo el control de la actividad administrativa.

Finalmente, el TC cierra esgrimiendo que el artículo “no ofrece la garantía judicial esencial de todo Estado de Derecho, puesto que las medidas de protección tienen una dimensión objetiva y otra subjetiva. En el plano objetivo, frente a una situación de vulnerabilidad como la descrita, la primera garantía exige un actuar dentro de la competencia y esa garantía es judicial, conforme lo dispone el artículo 76 de la Constitución. Y, en cuanto a la dimensión subjetiva, el precepto cuestionado impide la adecuada protección judicial, afectando el acceso a la tutela judicial efectiva, frente a la afectación de estos derechos (artículo 19 N.º 3 de la Constitución).” De esta manera, declara inconstitucional del artículo en su totalidad.

Sobre el segundo artículo puesto en jaque, es decir los incisos 2° y 3° del artículo 16¹³⁸, el TC se pronuncia desfavorablemente. La norma explicita que, básicamente, para acceder a la seguridad social del país se debe contar con una permanencia previa mínima de 24 meses, lo cual no afecta a niños, niñas y adolescentes. Nos parece que el tribunal falla en la lógica de protección a NNA, en razón de que “toda restricción de derechos sea por ley o a través de facultad reglamentaria, que se imponga en el acceso de cualquier derecho a los adultos, afecta el acceso de parte de los niños, niñas y adolescentes que están a su cargo, dejándolos en completa desprotección servicios básicos.”¹³⁹ Además, vale acotar que dicha norma es contraria al principio de supervivencia y desarrollo y el derecho al más alto nivel de salud, consagrados en los artículos 6 y 24 de la CDN, respectivamente.

A juicio de quienes escriben, el fallo del TC es en términos generales positivo. La determinación en cuanto al artículo 134 muestra un conocimiento acabado de las obligaciones del Estado chileno en la materia, subsumiéndolas dentro del texto constitucional. Además, desentraña una norma disfrazada de un estándar protector hacia los NNAM pero que en su esencia busca burlar procedimientos judiciales ante arbitrariedades administrativas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, afectando, a fin de cuentas, la regla máxima del interés superior del NNA. Por

¹³⁸ Artículo 16.- Acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal. Para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a éstos, en igualdad de condiciones que los nacionales, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias, y con lo dispuesto en el inciso siguiente.

Respecto de aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de veinticuatro meses.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, por razones humanitarias fundadas o alertas sanitarias decretadas en conformidad con el artículo 36 del Código Sanitario, se podrá omitir el plazo de los veinticuatro meses señalados en el inciso anterior.

El Estado promoverá la negociación de convenios bilaterales o multilaterales con terceros países que garanticen el acceso igualitario a los derechos previsionales de los trabajadores migratorios y sus familias que regresen a sus países de origen y de los chilenos que retornan al país, a través de mecanismos tales como la totalización de periodos de seguros, transferencias de fondos, exportación de pensión u otros, con el objetivo de que tales personas puedan gozar de los beneficios de seguridad social generados con su trabajo en el Estado receptor.

Las restricciones establecidas en este artículo no aplican respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren al cuidado de su padre, madre, guardador o persona encargada del cuidado personal del menor de 18 años, los que tendrán acceso a las mismas prestaciones, desde su ingreso al país, en igualdad de condiciones que los nacionales, cualquiera sea la situación migratoria de los adultos de quienes dependan.”

¹³⁹ Defensoría de la Niñez (febrero, 2021). “Declaración Pública sobre proyecto de ley de Migración y Extranjería y pronunciamiento de Tribunal Constitucional”.

otro lado, lamentamos que no se haya acogido la inconstitucionalidad del artículo 16, más aún cuando recomendaciones emanadas de órganos internacionales, como el CMW, apuntan a precisamente revisar aquello. Se presenta en el caso el clásico problema de la desprotección al NNA cuando sus padres o personas a su cuidado se encuentran en situación de irregularidad, donde a pesar de que la ley en teoría protege a NNA, la relación de dependencia obvia que presentan los condena al desamparo.

4.2 Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones

El recurso de amparo es uno de los recursos más utilizados en la materia en busca del restablecimiento el derecho por violaciones a garantías fundamentales especificadas en nuestra Constitución, la que por su naturaleza ampara la libertad personal y seguridad individual, consagradas en el numeral 7° del artículo 19 de la Constitución.

Un importante número de recursos de amparo son producto de expulsiones administrativas, las cuales se han vuelto muy recurrentes en el último tiempo por acciones mediáticas de parte del gobierno de Sebastián Piñera, burlando procedimientos en curso y contraviniendo la prohibición internacional de las deportaciones masivas. Sin ánimos de profundizar en aquel aspecto, muy relevante, por cierto, el objetivo de este subcapítulo es dar a conocer los fundamentos que las Cortes de Apelaciones han usado al momento de fallar a favor o en contra del requerimiento particular. Al igual que los casos anteriores, la norma puesta en jaque ha sido frecuentemente el DL 1094, sumado a otros decretos de carácter administrativo.

El enfoque bajo el cual se orientan las Cortes chilenas pueden dividirse principalmente en dos: la “formalista” y la “progresista”. La primera, como su nombre lo indica, previene el marco legal regulatorio en materia migrante, defendiendo las potestades de la Administración, haciendo valer sus fundamentos estimando a la ley como autosuficiente o incluso haciendo uso de una aplicación extensiva¹⁴⁰. Una lógica recurrente es la protección de la sociedad por sobre los derechos de los individuos expulsados y de aquellos que indirectamente se ven afectados, como su núcleo familiar.

¹⁴⁰ Cepeda Valdés, Sebastián. (2019). ¿Es posible la protección de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? *Revista Señales*, 21, p. 12.

Por otra parte, la visión “progresista” en su análisis del hecho concreto pondera los derechos de las personas migrantes en concordancia con lo que pregona el derecho internacional de los derechos humanos, tomando en consideración principios tan relevantes, en los casos en que existe una familia detrás, como el interés superior del niño y el arraigo familiar. Esta doctrina inspira mejor el espíritu del recurso en cuestión, como una manera de contrarrestar las decisiones adoptadas por la Administración en el uso de sus amplias facultades de dudosa justificación constitucional¹⁴¹.

A continuación, se analizarán dos sentencias que ilustran ambas posiciones predominantes en la jurisprudencia nacional.

a) Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia del 25 de abril de 2019. Rol N°55-2019 - Rechazada

El caso trata sobre un ciudadano colombiano llegado a nuestro país en el seno de una familia migrante, como menor de edad. Todavía sin cumplir la mayoría adulta, comete delito de homicidio frustrado, por el cual es condenado a pena aflictiva de 3 años y 1 día apenas cumple los 18 años, donde posteriormente se le concede remisión condicional de la pena, la cual cumple sin ningún inconveniente. Una vez fuera de la cárcel, recibe una orden de expulsión mediante decreto sin posibilidad alguna de retorno al país, fundándose en el DL 1094¹⁴² y el DS 597 de 1984 del Ministerio del Interior. El recurrente no es el expulsado en cuestión, si no la pareja, que invoca razones de índole familiar basados en la CIDN y la CIPDTTMF¹⁴³. La familia al momento de la dictación del decreto llevaba 7 años viviendo en nuestro país, tenían parientes colombianos y chilenos residiendo en el mismo territorio y, con la recurrente, el expulsado tenía una hija chilena de 2 años.

¹⁴¹ Bordalí Salamanca, Andrés. (2011). El recurso de protección chileno al banquillo. *Revista IUS*, 5(27). Recuperado en Scielo.

¹⁴² El artículo 17 del D.L dispone: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional.” El precepto se remite a la Ley 18.210, sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que en su artículo 35 permite expulsión como pena sustitutiva, las que usualmente transgreden el principio de proporcionalidad.

¹⁴³ Se fundan en la imposibilidad de presentar descargos. además de la vulneración al principio de legalidad, por sancionarse dos veces por un delito cuya pena ya fue cumplida.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechaza la acción interpuesta, invocando dos argumentos centrales. El primero, dándole la razón al órgano administrativo recurrido, exprime que “el Decreto de Expulsión impugnado fue dictado por autoridad competente y dentro de la esfera de sus atribuciones, (...) ajustándose a la normativa vigente, (...) no adoleciendo ni ilegalidad ni arbitrariedad” (Considerando Segundo); plasmando de manera explícita el formalismo por el cual opta la Corte. Luego, la Corte razona citando una sentencia del tribunal supremo de nuestro país, que en Rol 7982-2014 expuso: “Que en relación a la menor de edad no existe ninguna orden en su contra que amenace sus derechos fundamentales, ni su libre circulación dentro del país. (...) El hecho de existir familia en Chile, es una situación que es dable sea tomada en consideración, pero cuando media la comisión de un delito se borra toda consideración al efecto.” Luego se desechan el argumento de arraigo familiar invocando razones de seguridad nacional y social.

El razonamiento de la Corte nos parece lamentable. Bien se puede discutir la gravedad del hecho por el cual se condena al imputado, constituyendo uno del cual nuestro ordenamiento jurídico repudia en base a los valores que nuestra sociedad ha adoptado. Sin embargo, hay varios argumentos de peso que la Corte omite o derechamente desecha, que por su profundidad ontológica y en un esfuerzo por actuar armoniosamente con un sistema legal que abarque las normas de origen tanto nacional como internacional, debieran haberse tomado en consideración. Tal es el caso de la CIDN. Basta con hacer una rápida lectura para darse cuenta que solo analizando sus 10 primeros artículos¹⁴⁴, el fallo ya vulnera dos de ellos.

Por último, el argumento que esgrime la Corte al establecer que no se vulnera el derecho fundamental de la niña a “circular libremente por el país” es irrisorio, por cuanto

¹⁴⁴ “Artículo 3: 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”

“Artículo 9: 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. (...) Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo.”

es obvio que una niña de 2 años no deambula sola y que todas sus acciones están sujetas a la decisión que en el momento tomen sus progenitores o la persona a su cuidado.

b) Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 4 de febrero de 2019. Rol 76-2019 - Acogida

El presente caso trata sobre una familia de nacionalidad haitiana residente en Chile, que como suele suceder en migraciones de población vulnerable, el viaje de salida se produjo por etapas. En enero del año 2017 viajó el padre (recurrente), dos meses más tarde la madre, y un año después, luego de haber obtenido las visas y documentos administrativos necesarios para completar la reunificación, se embarcaron dos de tres hijos, quedando en el aeropuerto un menor de 8 años, producto de un desorden ajeno a la voluntad del amparado y su familia.

El día 2 de julio de 2018 el Ministerio de Relaciones Exteriores dio a conocer el procedimiento para la obtención de una nueva visa de reunificación familiar. Uno de los requisitos indicaba que los solicitantes debían contar con permanencia definitiva en Chile o con un permiso de residencia con al menos seis meses de vigencia hacia el futuro. El padre en ese momento contaba con aquel mínimo, pero producto de demoras de un sistema que no tenía horas para solicitarla, al momento de pedirla ya no contaba con el plazo requerido. Una serie de trabas administrativas en las que participaron varios organismos públicos tanto de Chile como Haití, concluyó en que los padres cayeran en estatus irregular e impidieran que el menor se reunificara con su familia, en circunstancias que se encontraba por más de dos años separado de sus progenitores y a cargo de una persona cuyas capacidades logísticas y económicas le imposibilitaba hacerse cargo de sus cuidados mínimos, dejando al menor en plena vulnerabilidad.

La Corte razona que al momento de optar por la visa humanitaria los padres del menor se encontraban con su situación migratoria regularizada y cumplían los requisitos para optar a ella, por lo que el retraso en la suscripción de un acto administrativo esencial para la reunificación “afecta el espíritu de la visa humanitaria y, lo que es más grave, el interés superior del niño, quien actualmente se encuentra abandonado del amparo de sus padres, por lo que se acogerá el presente recurso en los términos que se indicarán” (Considerando séptimo).

Este raciocinio va en concordancia con los deberes estatales que los diversos órganos del Estado tienen para con los NNA, dejando de lado un formalismo absoluto que en la teoría hubiera dejado a una familia separada, contrariando el mismo espíritu que la visa persigue. La visa en cuestión también constituye un avance importante, empero, carece de un procedimiento cuyo enfoque sea la protección NNA separado de su familia. Consideramos el mecanismo por defecto no debiese ser el recurso de amparo¹⁴⁵, en el cual operara “una protección especial automática que procure la localización y reunión con su familia; mientras, un tutor debe velar por sus derechos.”¹⁴⁶

El raciocinio de la Corte optó por la alternativa al formalismo imperante por largo tiempo en el país. Ahora bien, perfectamente pudo haber fallado de otra manera. La Ley de Extranjería no reconoce el derecho a la reagrupación familiar, consagrado en múltiples instrumentos normativos internacionales ratificados por Chile¹⁴⁷¹⁴⁸. Este es un fiel ejemplo de cómo el control de convencionalidad es útil para hacer frente a disposiciones locales arbitrarias y ajenas al derecho internacional de los derechos humanos.

A través de estas dos sentencias ilustrativas queda de manifiesto los diferentes criterios que han ocupado las Cortes de Apelaciones en nuestro país. Nos parece que el hecho de que el criterio dependa del lugar geográfico donde ocurran y se resuelvan los hechos atenta con la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho. Esto se ve propiciado por la poca instrucción que tienen ciertos ministros sobre el derecho internacional de los derechos humanos, profundizando injusticias y atentando con el derecho a la igualdad.

Finalmente, en cuanto a las expulsiones masivas realizadas por el Gobierno sobre todo a partir del año 2021, cabe referirse a su poco compromiso con los tratados

¹⁴⁵ El cual es de naturaleza extraordinaria y no está pensada para este tipo de situaciones.

¹⁴⁶ Díaz Tolosa, Regina Ingrid. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios constitucionales*, 14(1), p.176.

¹⁴⁷ Artículo 16 de la DUDH, 10 y 11 del PIDESC, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del PIDCP, art. 44 CIPDTMF.

¹⁴⁸ Sin perjuicio de que el DL 1094 permite, respecto de ciertas categorías migratorias como la residencia sujeta a contrato (artículo 23) y residencia temporaria (artículo 29), la extensión de la visación a los miembros de su familia definido por reglamento (artículos 35, 39, 49 y 50), es solo aplicable para quienes se encuentran de manera regular en el país.

internacionales adoptados en la materia y el desconocimiento a un área tan sensible del derecho internacional. Como se ha manifestado a través de la presente tesis, las deportaciones masivas están prohibidas por el derecho internacional¹⁴⁹, debiendo la autoridad competente hacer un análisis individual de cada sujeto, tomando en consideración razones humanitarias, de arraigo, vínculos familiares u otros motivos sensibles. El no permitir que la justicia se pronuncie al respecto, previo a ejecutar una decisión administrativa, no solo lesiona la separación de poderes, sino que impacta de manera dramática en la vida de los NNA migrantes que ven disueltos sus círculos aun cuando muchos de ellos se encuentran en situación de regularidad, causando perjuicios a veces irremediables.

¹⁴⁹ Así lo disponen el art. 13 PIDCP; el art. 22, párr. 6 CADH; el art. 4 del Protocolo 4, del CEDH, 1950; el art. 12 (5), de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981; entre otros.

5. Instituciones nacionales de protección hacia NNA migrantes

5.1 Servicio Nacional de Menores (SENAME):

El SENAME es un organismo gubernamental centralizado, colaborador del sistema judicial y dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Su misión es la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y de los jóvenes entre 14 y 17 años que han infringido la ley, cualquiera sea su origen, además de regular y controlar un sistema de adopción. Esta institución cuenta con centros de atención directa y con una red de colaboradores acreditados, que postulan con proyectos a licitaciones públicas.

Para el año 2016, el número de NNA migrantes dependientes del Sename ascendió a 1.375, tres veces más que el año 2010. Para ello, el sistema en su conjunto ha forzado una adaptación sin precedentes. Los hitos más importantes en la historia reciente de la institución en materia migratoria son los siguientes: el 2007 se aprobó un instructivo de procedimiento a seguir con adolescentes extranjeros en todos los centros y programas contenidos en la Ley N.º 20.084, sobre responsabilidad de las y los adolescentes por infracciones a la ley penal. El año 2010 fue testigo de la creación de un procedimiento para la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, a través de la Circular N°10 emitida por el servicio, la que por el aumento drástico de ingresos debió ser modificado el año 2018, a través de la Circular N°4. Estas circulares tienen como objetivo el reconocimiento temprano de vulneraciones con el objeto de garantizar derechos a través de procedimientos adecuados, tanto en los centros del SENAME como en los centros colaborativos, sean estos de carácter permanente o ambulatorio.

En particular, la Circular N°4 reviste de especial importancia por cuanto es la que dirige las políticas en materia de protección a niños, niñas y adolescentes migrantes ligados de manera directa e indirecta a la red SENAME. Se aprecia el enfoque en la introducción a la norma: “Si las poblaciones migrantes son vulnerables, los niños y niñas lo son en mayor medida, y por ello debemos estar especialmente atentos para contribuir a su protección integral (...)”. Los principios sobre los que se abocan las circulares son el interés superior del niño, la reunificación familiar, la no discriminación y la protección especial del NNA extranjero.

La reunificación familiar¹⁵⁰, como manifestación del interés superior del niño, debe supeditarse a las circunstancias familiares y del entorno del NNA. Se explicita que, si el núcleo familiar es nocivo, existen conflictos nacionales, desastres naturales u otros que impliquen un riesgo en la integridad física y mental del menor, puede ser contraproducente reunir al menor con su familia.

El principio de no discriminación se manifiesta en la prohibición en la negativa a otorgar una Visa a un menor por su origen o por la situación de sus padres. La falta de antecedentes no es excusa, por cuanto se puede solicitar un Registro Único Nacional (RUN), hasta la obtención de datos que permita la inscripción en el Registro Civil¹⁵¹.

En la protección especial del NNA extranjero, se debe tomar en especial consideración el escenario de entrada del o la menor al país, por cuanto cabe la posibilidad de encontrarse frente a casos de trata de personas. Identificar a la persona adulta con la que entró, la posible retención de documentos del acompañante al menor o incluso un examen de ADN para identificar el parentesco son claves para prevenir vulneraciones ulteriores de sus derechos.

En grueso, las circulares apuntan hacia una dirección correcta, fijando sus políticas en la protección de las garantías de la niñez, las cuales involucran al subgrupo migrante. En atención a que toda labor gubernamental compleja implica la conversación entre instituciones, el SENAME cuenta con múltiples convenios con organismos públicos para coordinar y mejorar su labor.

5.2 Convenios intersectoriales:

La evidencia indica que los NNA migrantes, en especial quienes se encuentran en situación irregular, hallan trabas para acceder a servicios básicos que les garanticen derechos para su bienestar, adaptación y desarrollo. En virtud de ello, se ha vuelto sumamente necesario sistematizar el universo de procedimientos y generar una

¹⁵⁰ Es la Unidad de Relaciones Internacionales de la Dirección Nacional la cual se encarga de contactar a los familiares o solicitar antecedentes de ellos. En ella se contempla un protocolo de retorno asistido.

¹⁵¹ En la práctica el proceso es demoroso ya que debe ser solicitado por un tribunal de familia.

cooperación intersectorial¹⁵². Los convenios que persiguen tal objetivo y de los cuales participa la institución sujeta a análisis son:

a) Convenio de Colaboración Mesa Intersectorial de Trata¹⁵³ (2008)

Su objetivo es implementar el Plan de Acción Nacional contra la trata de personas y el protocolo de detección y derivación. Dentro de sus instrucciones y guías, se encuentra la “Detección, atención y primera respuesta en salud a víctimas de trata, tráfico ilícito de migrantes y explotación sexual y comercial de niños, niñas y adolescentes”, basadas en orientaciones del Ministerio de Salud, y el documento sobre “Instrucciones complementarias sobre trabajadores extranjeros o migrantes, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”, que forman parte del «Manual de procedimiento de fiscalización de la Dirección del Trabajo».

b) Convenios de Colaboración con el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública¹⁵⁴ (2010):

En este compromiso compartido, el SENAME se responsabiliza de generar el ingreso oportuno de NNAM no acompañados al sistema de protección, independiente de su condición migratoria. A su vez, la institución se compromete a realizar una visita domiciliaria y confeccionar un Informe Social, con el objeto de detectar o descartar cualquier vulneración de derechos y, en paralelo, analizar la conveniencia de la permanencia del NNA en Chile, privilegiando siempre su bienestar y posibilidades de desarrollo. Por otra parte, el DEM se compromete a regularizar la situación migratoria de quienes estén en situación migratoria irregular y tengan algún grado de vinculación con el SENAME o la red de organismos colaboradores.

¹⁵² Ortega, Elisa. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 142, p. 216.

¹⁵³ Agrupa al Sename junto al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio Público, de Relaciones Exteriores, de Defensa, Educación, Justicia y Derechos Humanos, del Trabajo y Previsión Social, de Salud, SERNAMEG, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Fundación Raíces, y Corporación Humanas.

¹⁵⁴ Sepúlveda, María Gloria. (2019) «Política y procedimientos de SENAME para la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes extranjeros.» *Señales*, 21, p. 42. Para más información, consultar la Resolución Exenta N°1238, del año 2010, y Resolución Exenta N°2721, del año 2014.

Reconocimiento de menores refugiados (2014): Este acuerdo establece un protocolo de atención para abordar los casos de NNA no acompañados o separados de su familia que hayan solicitado la condición de refugiado o refugiada.

c) Convenio de Colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores (2017):

El fin es garantizar la protección de derechos de NNA chilenos que se encuentren en situación de vulnerabilidad en el extranjero, para brindar una asistencia oportuna, la evaluación de sus redes familiares en Chile, la gestión de un eventual proceso de retorno seguro y protegido al país, y la incorporación a la red SENAME a su llegada, de ser así necesario¹⁵⁵. Además, la Unidad de Relaciones Internacionales del Sename se compromete a brindar apoyo y asesoría técnica a las Direcciones Regionales.

Existen también otros convenios con organismos sectoriales diversos. Al ya revisado con el Ministerio de Salud en un subcapítulo anterior, se suman a la lista el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Deportes y el Instituto Nacional de Deportes, Ministerio de Cultura, las Artes y el Patrimonio, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Servicio Nacional del Turismo, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, policías (Carabineros y PDI) y municipalidades.

Ahora bien, los anteriormente desglosados son los únicos cuyo enfoque son los NNA migrantes, sean extranjeros o chilenos. Si bien el esfuerzo va por el camino correcto, en cuanto todos los convenios analizados surgieron en los últimos 12 años, estimamos que la articulación de la red colaborativa es insuficiente. Por otra parte, la grave crisis del SENAME también ha permeado a los NNAM¹⁵⁶.

¹⁵⁵ IBID, p. 49.

¹⁵⁶ Por mencionar un par de ejemplos, el 44,5% de los centros no cumplen con los protocolos mínimos exigidos por el SENAME y 93,8% de los centros del SENAME no cuenta con las condiciones estructurales necesarias para el cuidado de residentes con perfil clínico y/o de casos complejos. En Guzmán, Juan Andrés y Sepúlveda, Nicolás. (2019). El brutal informe de la PDI sobre abusos en el Sename que permaneció oculto desde diciembre. *CIPER*.

Una investigación en la Región de Tarapacá¹⁵⁷ durante el 2019 retrata esta carencia. El estudio consistió en la entrevista a profesionales y menores que participan del Programa de Reparación de Maltrato (PRM)¹⁵⁸. Para contextualizar, las causas que determinan la entrada al programa son las siguientes: migración por etapas, quedando los hijos a cargo de algún familiar en el país de origen con prácticas abusivas; falta de redes de apoyo al llegar al país; ausencia de los padres en el hogar producto de largas jornadas laborales debido a la doble responsabilidad de mantener una familia en Chile y el país de su nacionalidad; desarraigo cultural; y abuso transgeneracional normalizado.

Sobre las carencias del trabajo institucional, los adultos entrevistados indicaron que solo en algunos casos se abordó la tramitación de Visa de permanencia regular en el país para sus hijos, pese a que esto se encuentra debidamente instruido en las circulares evacuadas desde la Dirección Nacional y regional del SENAME hacia los centros colaboradores. Por otro lado, los entrevistados indicaron que hacía falta en el tratamiento un capítulo que se enfocara en la historia de vida de las y los niños y su proceso de instalación en el país, quedando ello supeditado a las motivaciones personales de los profesionales tratantes, cuando la obligación está consagrada en la ley 20.084, la Circular N°10 y la Resolución Ex.225/B (2007).

Ni los adultos ni estudiantes entrevistados recordaban actividades en las que el foco hubiese sido la pertenencia cultural y reconocimiento de sus raíces, cuando se ha señalado en múltiples instrumentos la importancia del respeto por la multiculturalidad y el trabajo de

¹⁵⁷ Hasta el Censo del 2017 la Región de Tarapacá contaba con el tercer porcentaje relativo más alto de población migrante a nivel nacional, con un 5,9% en relación a la población total de Chile. Su ubicación geográfica, cuyos bordes son compartidos con Bolivia y Argentina al este y con la limítrofe Región de Arica y Parinacota al norte, facilitan un tránsito de migrantes importante.

¹⁵⁸ Se describe como “un programa de intervención psicoterapéutica y social orientado a generar procesos de reparación del daño en niños, niñas y adolescentes que ha sufrido maltrato físico o psicológico grave, constitutivo de delito y/o agresión sexual infantil, mediante intervenciones para interrumpir estas situaciones mediante la activación de mecanismos judiciales requeridos para resolver la situación legal de las víctimas y facilitar el acceso a la justicia; favorecer el proceso de resignificación de estas experiencias y fortalecer los recursos familiares y sociales para el bienestar psicológico y social del niño, niña o adolescente.” El 12,8% de los casos ingresados a este programa el año 2018 en la región corresponden a extranjeros. El 11% del total de menores en la Red Sename en Tarapacá son menores migrantes, casi 10 veces mayor en un tramo de una década (1,09% en 2008), lo que va en concordancia con el aumento sostenido de migrantes no solo en la zona, si no en todo el país. En Aguilera Segura, Eduardo (2019). Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en Programas de Reparación de Maltrato Grave del Servicio Nacional de Menores: aciertos, nudos y brechas para la atención en la Región de Tarapacá. *Revista Señales*, 21, pp. 22.

las particularidades de cada paciente. Por último, figuraba una baja cantidad de actividades recreativas y deportivas, esenciales en el desarrollo e integración social del menor.

En conclusión, si bien la normativa pre pandemia y los esfuerzos intersectoriales transitan por la dirección correcta, la labor del SENAME dista bastante de ser un ejemplo de institución. Sumado a los gravísimos casos de vulneraciones a derechos humanos a NNA a lo largo de las últimas décadas, el sistema no parece adaptarse de correcta manera a los desafíos que la migración infantil supone en el Chile actual. Consideramos que urge la capacitación a funcionarios, reforzar el reconocimiento cultural en ellos y en las familias migrantes y, por último, ampliar el abanico de actividades y asesorías puestas a disposición de NNA migrantes y sus familias.

5.3 Defensoría de la Niñez

El que exista una institución o cargo específico que vele por los derechos de los NNA es algo relativamente nuevo en los sistemas jurídicos globales¹⁵⁹. A partir del desarrollo doctrinario y legislativo¹⁶⁰ del interés superior del niño, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la tendencia mundial se orientó a crear la figura del “Defensor de la Niñez”.

En nuestro país, y en un gran desfase en el contexto occidental y latinoamericano, nace el 2018 la Defensoría de la Niñez, en respuesta a presiones de grupos de la sociedad

¹⁵⁹ A excepción de Suecia, todos los *ombudsman* para la infancia datan del siglo XX, que, a partir de las concreciones institucionales de los países escandinavos y Dinamarca, surtieron un efecto en cadena. Es a partir de la creación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 que unas seguidillas de países dedican sus esfuerzos en generar un marco institucional cuyo fin directo y único sea la promoción y respeto por los derechos de la niñez. Si bien esto no quiere decir que anteriormente las niñas y niños se hayan visto desprovistos de toda atención a sus garantías fundamentales mínimas (en nuestro continente común fue la figura del Defensor del Pueblo), la concientización hacia las necesidades y vulnerabilidades de la infancia y adolescencia permitieron que se asumiera la responsabilidad que el Estado debía tener en la protección especial de esta población.

¹⁶⁰ Es específicamente el objetivo del artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño la que consagra de manera directa el interés superior del niño y la necesidad de que las instituciones públicas elaboren mecanismo para su debido perseguimiento. Los Principios de París (1993), la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño (2002) y la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), refuerzan la idea de que el interés superior del y la niña sea una consideración primordial.

civil y las recomendaciones del año 2015 emitidas por el Comité de los Derechos del Niño¹⁶¹.

La creación de un organismo autónomo que se dedicara únicamente a la defensa y promoción de los derechos de la niñez, sobre todo en un contexto en el que el SENAME no daba abasto, le dio un respiro al sistema, permitiendo entregar una atención especializada y generando un mejor y más eficiente trabajo¹⁶².

La Defensoría de la Niñez se presenta como una institución pública y autónoma que tiene por objeto “la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior¹⁶³.”

Sobre la protección legal, esta se restringe a acciones de protección y amparo constitucionales, y a la interposición de querellas con motivo de la comisión de determinados delitos violentos en conformidad al reenvío que hace el artículo 16 de la Ley 21.067 al Código Penal¹⁶⁴.

En cuanto a la promoción y difusión, la tarea de la Defensoría se orienta a actuar de portavoz de los NNA, enfocándose especialmente en informar y formar a la opinión pública. En la misma línea, la oficina debe hacerse cargo de las necesidades, los intereses y derechos de las personas menores de edad y asegurarse de que el Estado dé cumplimiento a las estipulaciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶⁵.

¹⁶¹ Comité de los Derechos del Niño (2015): Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, octubre de 2015 - Documento CRC/C/ CHL/CO/4-5, párrs.18 y 19.

¹⁶² Berríos, Gonzalo. (2018) Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, 14, p. 22.

¹⁶³ Artículo 2º Ley 21.067, que crea la Defensoría de la Niñez.

¹⁶⁴ Artículo 142 (sustracción de menores), Párrafos 5º y 6º del Título VII (violación, estupro, abusos sexuales), y 1º, 2º y 3º del Título VIII (homicidio, infanticidio, lesiones corporales y maltrato a menores).

¹⁶⁵ Ravetllat Ballesté, Isaac. (2017). Op. Cit., p. 27.

Para garantizar lo anterior, “todo Defensor de la Infancia, y el chileno no puede ser una excepción, debe garantizar una aplicación efectiva del principio rector consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollado en la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño (2009), es decir, el derecho de todos los niños y niñas capaces de expresar una opinión a ser escuchados y a ser tomados en serio en todas aquellas cuestiones que les afecten”¹⁶⁶.

Al ser la Defensoría de la Niñez una institución reciente en nuestro ordenamiento jurídico, y considerando los largos plazos que generalmente nuestro sistema representa, hasta el momento no se cuenta con gran cantidad de jurisprudencia. De hecho, la primera sentencia emitida por un tribunal en la que la Defensoría se hizo parte como querellante salió a la luz el 6 de febrero del año 2020.

A pesar de ser un organismo nuevo, la Defensoría de la Niñez ha estado presente tanto en la discusión sobre la coyuntura nacional como en la interposición de acciones en Chile y a nivel interamericano. Solo en el contexto del estallido social y futuros meses de repercusión, la Defensoría de la Niñez presentó nueve querellas, dos *amicus curiae*, un recurso de amparo por vulneración de derechos, dos recursos de protección, una denuncia ante los Tribunales de Familia y 130 denuncias al Ministerio Público, además de acciones administrativas como el envío de oficios a las instituciones competentes en el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes¹⁶⁷. En varias de estas instancias se aprecian defensas de menores extranjeros.

En el mismo contexto, resalta su participación en la exposición frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en noviembre pasado, sobre los abusos y violaciones a los derechos humanos cometidos por la fuerza pública durante el desarrollo de las protestas.

Sobre accesibilidad, en su página web se puede apreciar el fácil y amigable acceso para cualquier NNA, por cuanto se ofrece de inmediato una versión para adultos y otra

¹⁶⁶ IBID, p. 33..

¹⁶⁷ Defensoría de la Niñez. (2020). Estudio efecto crisis social en niños, niñas y adolescentes. Presentación de resultados, p. 6 y ss.

para menores, en una versión de muchos colores y caricaturas. Destacan además las tareas recientes que se han realizado en relación a la coyuntura nacional, expresándose a través de oficios a autoridades, declaraciones públicas o trabajos con fundaciones.

Específicamente en materia migrante, en el informe anual obligatorio del 2021, se evidencian las labores ejercidas para proteger y promocionar los derechos de esta población en específico. La palabra migrante está mencionada 81 veces en el informe, donde se destaca la importancia del respeto a los principios de igualdad y no discriminación, la participación de la Defensoría en mesas sectoriales, la elaboración y recopilación de estadísticas, capacitación sobre niñez migrante y, con gran énfasis, el análisis de la crisis migratoria en el norte, desde las condiciones indignas que deben soportar los NNA y sus familias hasta las deportaciones masivas, enfatizando la infracción a sus derechos a ser oídos y a vivir en familia.

En general, en sus primeros años la Defensoría ha cumplido un positivo papel. Sin embargo, resaltan aspectos a mejorar. Por ejemplo, la página web solo está disponible en su versión en español, en circunstancias que dentro de las mismas poblaciones extranjeras la haitiana es de las más vulnerables. Además, no se contempla un mecanismo para que personas con discapacidades visuales puedan acceder a su contenido, problema transversal en las páginas web de las instituciones públicas.

Por otra parte, urge mejorar una efectiva coordinación interinstitucional y protección integral del o la menor. Los esfuerzos deberían, también, enfocarse en políticas preventivas y en el trabajo de alertas tempranas, con el objeto de prevenir y no lamentar situaciones de vulneraciones de derechos.

Como síntesis al capítulo, es de parecer de quienes escriben que el sistema jurídico institucional chileno se encuentra en un lento trance hacia un sistema más respetuosa con los derechos humanos de la niñez migrante. La nueva ley de migraciones, sin perjuicio de contar con disposiciones cuestionables, logró acabar con una legislación base retrógrada; por otro lado, las discusiones que se han llevado a cabo en la Convención Constitucional otorgan un atisbo de esperanza a la consagración constitucional del grupo etario migrante sujeto a estudio. La armonización del entramado jurídico resulta un desafío vital y con ello, la unificación de criterio de los tribunales es imprescindible a la hora de fallar cuestiones atinentes a materia migrante. Por último, las instituciones analizadas muestran un desempeño dispar. A pesar de ciertos esfuerzos del Sename, el informe emitido por el

Comité de los Derechos del Niño es tajante al evidenciar graves falencias que se arrastran de años; por otro lado, la Defensoría de la Niñez muestra una robustez mayor, sin perjuicio de ciertos aspectos a mejorar en cuanto a visibilización de la niñez migrante.

CAPITULO III: NNA MIGRANTES EN CONTEXTO DE PANDEMIA

El Covid-19, la enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2 que ha puesto al mundo en jaque desde el 2020, se ha constituido como un difícil desafío adicional para la población migrante. Como se explicó en el primer capítulo, el concepto de vulnerabilidad implica la capacidad que tiene un sujeto de sobreponerse a la situación de riesgo a la cual se ve expuesto, determinada por los factores tanto personales como del entorno en el cual transita. Si en la actual pandemia ningún país ni grupo humano ha tenido las herramientas suficientes para combatir de forma impecable las innumerables adversidades que el virus ha presentado, tampoco las ha tenido una población que de por sí representa altos niveles de vulnerabilidad, enmarcadas frecuentemente en un contexto de desprotección, pobreza material y multidimensional. El continente americano, por sus altos niveles de desigualdad, acceso a servicios sociales limitados y violencia doméstica, se ha visto especialmente afectado. Los elevados niveles de contagio han sobrepasado los limitados sistemas de salud locales, los cuales han debido ineludiblemente discriminar en base a atributos personales como la edad, a la hora de entregar un servicio esencial. Por otro lado, es usual que en tiempos de crisis nazca un sentimiento nacionalista que obnuble y manifieste expresiones de xenofobia y racismo, además de un machismo exacerbado que ponga en un riesgo aún más latente a la población femenina. La población infantil migrante se ve, de esta manera, expuesta a una triple o cuádruple afectación: aquella por ser extranjera, por ser menor de edad, por ser (frecuentemente) pobre y, por último, en la mitad de los casos, por ser mujer.

El Secretario General de la ONU evidenció la situación particular en la que se encuentran las personas en movimiento de la siguiente manera¹⁶⁸: 1. Una crisis sanitaria, que se manifiesta en una exposición ante las dificultades para acceder a prestaciones de salud por barreras jurídicas, culturales o incluso revestidas de temor propio, en el caso de los migrantes irregulares, quienes temen ser reprendidos por las autoridades y ser expulsados del país; 2. Una crisis socioeconómica, determinada por una calidad de vida que implica vivir y/o trabajar en condiciones precarias y de hacinamiento, que se manifiestan en trabajos informales sin ninguna prestación social que contrarreste los efectos negativos de la falta de flujo de potenciales clientes o la denominación de un

¹⁶⁸ Guterres, António (3 de junio de 2019). Documento de políticas del Secretario General sobre la COVID-19 y las personas en movimiento. Secretario General de la ONU, p. 1-2.

trabajo no-esencial, los cuales han sido suspendidos durante el confinamiento; y 3. Una crisis de protección, manifestada en expresiones de xenofobia y sobre todo en dificultades para un tránsito que asegure seguridad, como es el caso de los solicitantes de asilo o calidad de refugiados, quienes encuentran restricciones para cruzar fronteras o son derechamente devueltos a países en los que sufren persecución.

A juicio de quienes escriben, la desigualdad estructural que impera en el continente se explicita en la falta de respeto y garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los grupos de mayor vulnerabilidad. El efectivo acceso y goce de prestaciones de salud y educación son claves para el correcto desarrollo de un NNAM, los que se han visto sumamente perjudicados en el contexto actual, razón por la cual son estos los derechos sociales sobre los que se aboca la mayor parte de la investigación del capítulo. Sin perjuicio de lo anterior, se abordarán otras temáticas igualmente relevantes, como la seguridad del NNA, ante el alto nivel de violencia sobre todo doméstica a la cual se han encontrado expuestos por la decisión (lógica, por cierto) de “resguardar” a los ciudadanos en los hogares para frenar la propagación de la enfermedad.

La desigualdad, pobreza e instituciones locales frágiles en el continente americano suponen una amenaza latente para los NNAM en tiempos de crisis. Frente a esto, la ONU es el organismo internacional que, a través de instituciones como UNICEF, ha desarrollado y recopilado múltiples instrumentos con diagnósticos, datos y recomendaciones a Estados para hacer frente a la crisis transversal que ocupa la agenda mundial, de la manera más óptima posible. Por su parte, la CIDH ha proporcionado una guía jurídica en la Resolución N.º 1/2020¹⁶⁹, adoptada el 10 de abril de 2020, que será comentada a lo largo de este subcapítulo.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Resolución N°1/2020 (2020) “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020.

¹⁷⁰ “Representa un esencial a la hora de enfocar las políticas públicas en la región “más desigual del planeta” con “pobreza y pobreza extrema”, afecta a “precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental, la falta de viviendas o de hábitat adecuado (...) informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios (...) y la profundamente preocupante extensión del fenómeno de la migración, del desplazamiento forzado interno, de personas refugiadas y apátridas; así como la discriminación estructural en contra de grupos en situación de especial vulnerabilidad” (Resolución N°1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, página 1.)

En ella se desarrollan dos capítulos enteros y separados de mandatos hacia los Estados miembros para la protección de las personas migrantes, por un lado, y los NNA, por el otro. Destaca la limitación de estrategias de detención migratoria que aumenten los riesgos de contagio, como deportaciones o expulsiones masivas, y la rápida implementación de mecanismos para proporcionar la liberación de personas en centros de detención (58); garantizar el derecho de regreso y migración de retorno a los Estados de origen (60); acciones y campañas de sensibilización y protección especialmente dirigidos a menores de edad migrantes y refugiados (61 y 63); creación de mecanismos de acceso a la educación, privilegiando los vínculos familiares (64); adopción de medidas de prevención de abuso y violencia familiar, facilitando el acceso a medios de denuncia y prestaciones de salud (65 y 69); y revisión de medidas especiales de los NNA en instituciones de cuidado residenciales, además de quienes viven en zonas rurales y en la calle, velando siempre por su interés superior (66 y 67).

Además, la CIDH formuló recomendaciones para los gobiernos de los Estados parte declarando con urgencia la toma de todas las medidas necesarias para proteger los derechos esenciales tales como la salud, educación, integridad física y vida por los efectos que ha traído la pandemia desde un enfoque protector de derechos humanos. Supone de gran relevancia lo anterior, en un momento en el cual se cae en el riesgo de que los estados de excepción sean utilizados de manera abusiva, desproporcionada e ilegal¹⁷¹.

En el presente y último capítulo se buscará analizar la resiliencia del sistema interamericano y chileno en la protección de los derechos humanos de NNA migrantes frente a una crisis mayúscula como generada por el Covid-19, explorando si el entramado jurídico normativo e institucional es suficiente para proteger y garantizar los derechos de una población vulnerable en contextos adversos. Para ello, se analizará conforme a los cuatro principios fundamentales en materia de niñez.

¹⁷¹ IBID, página 9.

1. Sistema internacional

a) Interés superior del niño

Es importante recordar que el interés superior del niño es el principio rector en materia de niñez. A través de un comunicado de prensa (N°090/20)¹⁷² la CIDH expuso su preocupación en razón de los desplazamientos y condiciones migratorias de los niños, niñas y adolescentes. Fue enfática en reforzar que “cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, detención, expulsión o deportación de niña, niño o adolescente u otra acción del Estado considerada en relación con alguna de las personas progenitoras, cuidadora primaria o tutora legal, incluidas las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar a la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior de la niña, el niño o adolescente involucrado. Las situaciones que presenten el riesgo de separación familiar deben ser abordadas con absoluta prioridad (...)”¹⁷³.

El refuerzo que supone una declaración de esta naturaleza se basa en el incremento de políticas que restringen la libertad de los individuos en un contexto de posibles prácticas discriminatorias de Estado. Bajo este contexto, el foráneo pasa a constituir una amenaza a la seguridad sanitaria nacional. Por otra parte, aquella concepción de resguardo se expresa irracionalmente en apuntar al extranjero ya instalado en el país como un agente potencialmente peligroso del problema¹⁷⁴, conduciendo a una discriminación injustificada que impacta negativamente en la sensación de seguridad del menor migrante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece a su vez recomendaciones para la ejecución de políticas públicas que involucren NNAM, enfatizando la protección y la revinculación familiar siempre que sea posible y no contraria a su interés superior. En cuanto a los centros de cuidado de menores, continúan, estos deben tomar todos los protocolos necesarios de emergencia que puedan limitar su contagio. Agregan que la situación particular en la que se encuentren los NNA debe ser tomada en cuenta para

¹⁷² “CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes.” (27 de abril de 2020). *Comunicados Corte IDH*. OEA.

¹⁷³ IBID.

¹⁷⁴ La xenofobia hacia migrantes asiáticos al inicio de la pandemia se reportó en diversas regiones del mundo.

efectos de dar una atención especial para aquellos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad basado sobre todo en su contexto social¹⁷⁵.

En el ámbito educacional, exponen el rol que tiene cada Estado en la toma de acciones que impidan que las brechas educativas preexistentes a la pandemia se agudicen aún más¹⁷⁶. Consideramos absolutamente necesario que se tomen medidas que garanticen la aplicación de la educación transversal y que por tanto las decisiones tomadas por los Estados para el resguardo de la población no sean tan solo para un porcentaje de la población. Para esto UNICEF ha propuesto el apoyo a los gobiernos de manera que puedan dar prioridad a la apertura de centros educacionales, de esta manera, los NNA recuperarán su cotidiana rutina de estudio y volverán a recibir los beneficios alimentarios, siempre y cuando existan las medidas de seguridad para poder realizarlo¹⁷⁷.

La recomendación también es producto del riesgo que implica la imposición de quedarse en casa. La violencia intrafamiliar es recurrente en las sociedades latinoamericanas, siendo común el maltrato físico y psicológico, expresado a través de castigo corporal y humillante, como método de crianza¹⁷⁸. La obligación de pasar 24 horas en un hogar que muchas veces presenta hacinamiento, sumado a factores de estrés por el deterioro de la situación económica, incrementan las posibilidades de que conductas violentas sean infringidas en mujeres, niños, niñas y adolescentes. El panorama es especialmente complejo cuando esta violencia se encuentra naturalizada, lo que hace difícil dimensionar el alcance real de conductas de este tipo, o su manera de combatirla. En situaciones de normalidad, cuando la violencia es aceptada en la cultura de la cual proviene la persona migrante pero no así en el país de destino, es el colegio u otra institución similar

¹⁷⁵ Resolución N°1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, pp. 19-20.

¹⁷⁶ UNICEF y PNUD América Latina y el Caribe. (2020, agosto). COVID-19 y educación primaria y secundaria: Repercusiones de la crisis e implicaciones de política pública para América Latina y el Caribe (N.º 20). UNICEF, p.11.

¹⁷⁷ UNICEF. (2020, 8 abril). Proteger a los niños más vulnerables de los efectos de la COVID-19: Programa de Acción.

¹⁷⁸ Según el informe “Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19”, de UNICEF, se calcula en estimaciones recientes una prevalencia de un 55,2% de la agresión física y un 48% de la agresión psicológica en la crianza de la región. (página 3)

la que intermedia con los padres para erradicar aquellas prácticas, situación que hoy es imposible.

Varios países de la región, como Argentina, Chile, Honduras, México, Colombia, entre otros, han creado o reforzado mecanismos de protección a víctimas, como líneas telefónicas de ayuda, campañas de difusión e información, composición de albergues para sobrevivientes y un acceso más simple a ellos¹⁷⁹. La mayoría, sin embargo, se focaliza en la violencia a la mujer y no específicamente en NNA. A nivel global, destaca la Agenda para la Acción contra la violencia hacia la niñez y la adolescencia, impulsada por la ONU.

Ha existido un incremento en las denuncias telefónicas, mas no necesariamente en el número total de reportes. A modo de ejemplo, como se cita en el informe sobre violencia a mujeres y NNA elaborado por la CEPAL en noviembre del 2020, en Estados Unidos se presenta históricamente una disminución de un 60% de las denuncias de violencia ejercidas contra la niñez cuando estos no asisten a centros educacionales¹⁸⁰. Es decir, el hecho de que los medios para denunciar se vean limitados según la edad implica una necesaria disminución en la capacidad de detección, esto porque los niños y niñas en general no llaman para reportar abusos, los cuales son más bien detectados o confesados en círculos de confianza.

Deberán pasar meses luego de acabada la pandemia para lograr recolectar información plenamente fidedigna sobre la repercusión en la integridad física y mental de los NNA, migrantes o no, producto de violencias ejercidas sobre sus personas. Es deber de los Estados, en consecuencia, adelantarse a aquellas circunstancias, formulando inspecciones, medios en los que los NNAM puedan expresarse sin temor y generar instancias de educación en la familia. Por otro lado, una crisis sanitaria no puede implicar el desconocimiento de un principio tan fundamental como el analizado al momento de elaborar y ejecutar políticas públicas, considerando, sobre todo, que aquellas poblaciones

¹⁷⁹ Guedes, A., A. Peterman y D. Deligiorgis (2020), Five Ways governments are responding to violence against women and children during COVID-19, UNICEF (s/p). Connect [en línea] <https://blogs.unicef.org/evidence-for-action/five-ways-governments-are-responding-to-violence-against-women-and-children-during-covid-19/>.

¹⁸⁰ Fitzpatrick, M., C. Benson y S. Bondurant (2020), Beyond reading, writing and arithmetic: the role of teachers and schools in reporting child maltreatment, NBER Working paper Series, N° 27033.

más vulnerables son las que más expuestas se ven frente a escenarios complejos como el actual.

b) Supervivencia y desarrollo

Este principio constituye uno de los que con mayor celeridad debe resguardarse. La composición de grupos migrantes en sectores marginales es una realidad en buena parte del mundo, no siendo el continente americano una excepción. De esta manera, “[l]as personas que habitan en hogares con pobreza multidimensional aguda tienen privaciones severas en áreas fundamentales para la supervivencia (alimentación adecuada, acceso a servicios públicos, escolaridad o una vivienda adecuada) que afectan principalmente a niñas, niños y adolescentes¹⁸¹.

Las limitaciones al funcionamiento de los centros de salud en América Latina y el Caribe producto de la pandemia pueden causar un grave retroceso a los niveles de mortalidad de mujeres y niños, cuyas cifras antes del brote eran cada vez más positivas. Según un estudio apoyado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Fondo de la ONU para la Infancia (UNICEF), una reducción del 10% de la cobertura de los servicios esenciales de salud materno-infantil podría causar hasta 28.000 muertes de madres y 168.000 de recién nacidos. Por otra parte, la menor cantidad de alimento disponible repercute en la malnutrición de las embarazadas y los niños, causando el posible retraso del crecimiento intrauterino, así como la desnutrición aguda y crónica durante la niñez, lo que incrementa el riesgo de muerte por enfermedades infecciosas. Respecto a esto último, varios de los programas para combatir el hambre, como las transferencias monetarias, los bonos alimentarios en especie y los programas de alimentación escolar, se han ampliado en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Haití, Honduras, Jamaica, Panamá, Paraguay y Venezuela.

En el caso de los efectos directos que provoca el Covid-19, la evidencia muestra que en las Américas la cifra de afectación del virus ha sido mayor en NNA. Mientras que en otras regiones la incidencia de COVID-19 entre NNA gira en torno de 1,8%, en los primeros meses de pandemia al menos, en países como Argentina, Brasil, Honduras y

¹⁸¹ CEPAL (2020, noviembre). Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19. Informe Covid-19, p.6.

Panamá, entre otros, este grupo etario representaba un promedio de 5% de los casos confirmados¹⁸². Ya en el 2021 la situación no cambió. En Perú, al 17 de mayo de aquel año, producto de la pandemia habían fallecido 66.770 personas, entre ellas más de 440 menores de 19 años. En Colombia, de las casi 83 mil muertes, más de 200 fueron menores. En México, de los 238 mil fallecidos, cerca de 600 son niños. En Brasil han muerto por COVID más de 830 niños de menos de 5 años y en Argentina, 185 menores de 20. Por otra parte, en Estados Unidos, con mayor población y mayor cantidad de fallecidos totales, se registran 139 menores de 4 años, mientras que en Alemania, de entre 87 mil fallecidos, se presentan sólo 20 decesos en menores de 19 años¹⁸³.

En cuanto a los gastos que implica el combatir esta enfermedad, se da cuenta que existe una relación directa entre la efectividad en el combate al virus con la cantidad de dinero que se le destine a su sistema de salud¹⁸⁴. Por otro lado, es igual de importante que no se afecten los otros servicios de salud ofrecidos por el Estado: Cuba, Costa Rica y Uruguay son los únicos que han podido mantenerlos durante toda la pandemia. Los tres países “cuentan con un sistema de salud pública caracterizado por una alta coordinación y basado en una APS equitativa, de gran capacidad resolutive y articulada con la red hospitalaria; el modelaje y la vigilancia epidemiológica son otra característica de la respuesta en Cuba”¹⁸⁵.

Un aspecto en el que se falla a nivel transversal es la salud mental. Mientras que la OMS recomienda que el presupuesto dedicado a esta área no sea inferior al 10%, el promedio de la región se ubica entre el 1 y 2%¹⁸⁶. Se estima que entre el 50 y 70% de la

¹⁸² “CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes.” (27 de abril de 2020). *Comunicados Corte IDH*. OEA.

¹⁸³ COVID: alerta por muerte de niños en América Latina (21 de mayo de 2021). *DW*

¹⁸⁴ Arachu Castro, en su artículo “Desafíos de la pandemia de COVID-19 en la salud de la mujer, de la niñez y de la adolescencia en América Latina y el Caribe” publicado en agosto del 2020 para el *PNUD América Latina y el Caribe*, explica que De los siete países con el índice SRMNN más elevado (Cuba, Uruguay, Chile, San Vicente y las Granadinas, Argentina, Barbados y Costa Rica), cinco son los que dedican mayor porcentaje del PIB para el gasto público en salud: Cuba (10,9%), Uruguay (6,5%), Costa Rica (5,6%), Argentina (5,6%) y Chile (5,0%); los demás países de la región gastan menos del 5,0%, con excepción de Nicaragua (5,4%). Esto, a pesar de que en 2014 el Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) fijó la meta del 6% del producto interno bruto (PIB) para el gasto público en salud y la OPS sugiere que se destine el 30% de ese presupuesto a la atención primaria en salud.

¹⁸⁵ IBID, p.8.

¹⁸⁶ En Chile según el Colegio de Psicólogos el 2019, el porcentaje es del 1,9%

población latinoamericana no tiene acceso servicios que cuiden su salud mental¹⁸⁷. Es clave aumentar la oferta psicosocial desde la prevención, a toda la población, sin distinción de la edad ni condición migratoria. Es entendible que se les dé prioridad a las víctimas directas, sin embargo, la atención debe ser transversal considerando que toda persona es víctima de esta pandemia. La atención debe atender a la integralidad del hogar, a prácticas de crianza colaborativas y no violentas y a anticiparse a situaciones que puedan generar sobre estrés o desarrollar enfermedades en los miembros de la familia.

En el área educacional, la situación en la que se encontraba Latinoamérica antes de la pandemia era ya una situación de crisis y vulnerabilidad “en promedio, 50.8% de los niños menores de 10 años en ALC no tienen las competencias de lectura necesarias para comprender un texto simple (...) más aún, al mirar el nivel de aprendizaje al interior de los países, se encuentran diferencias marcadas en el nivel de aprendizaje según el nivel socioeconómico o lugar de residencia de los estudiantes.”¹⁸⁸

La educación es un pilar fundamental que debe tomarse en cuenta que cualquier medida no signifique que el NNA migrante se vea excluido del disfrute de esta. Para estos efectos, los Estados deben proveer toda herramienta para que la familia o el adulto encargado del cuidado del NNA pueda realizar actividades con sus pares que propicien la educación y que prevengan situaciones de violencia. Para el caso de los NNA que se presentan alguna discapacidad, los Estados deben proporcionar algún tipo de programación online que les permita educarse con sistemas de apoyo y comunicación respecto a su discapacidad. La campaña de UNICEF insta a los Estados a no dejar los fondos de educación a un lado, debiendo invertir por tanto los gobiernos en que no exista una brecha digital entre los menores. “Si la comunidad internacional trabaja unida, podemos conectar a internet a 3.500 millones de niños y jóvenes para el año 2030, asegurando que todos los niños, en todas partes, puedan aprender en línea”¹⁸⁹. Por último, ante una mayor

¹⁸⁷ “Los desafíos en materia de salud mental que deja la pandemia en América Latina”. (8 de julio de 2020). *France 24*. Disponible en <https://www.france24.com/es/20200708-america-latina-salud-mental-pandemia>

¹⁸⁸ UNICEF y PNUD América Latina y el Caribe. (2020, agosto). COVID-19 y educación primaria y secundaria: Repercusiones de la crisis e implicaciones de política pública para América Latina y el Caribe (N.º 20). UNICEF, p.16.

¹⁸⁹ UNICEF. (2020, abril). Proteger a los niños más vulnerables de los efectos de la COVID-19: Programa de Acción. <https://www.unicef.org/es/coronavirus/proteger-los-ninos-mas-vulnerables-de-efectos-coronavirus-covid19>

conectividad y tiempo frente a un computador, los Estados y escuelas deben anticiparse al creciente riesgo de violencia digital, expresada a través de manipulación sexual, o *cyber bullying*.

En cuanto a los solicitantes de asilo, refugiadas, y situación de apátridas la Corte Interamericana en su Resolución 1-20 efectuó recomendaciones en el trato a las personas migrantes, en cuanto a evitar las estrategias de detención migratoria y toda otra medida que pueda aumentar los riesgos de contagio de estos grupos vulnerables. Se recomienda implementar toda medida que pueda prevenir la xenofobia y cualquier tipo de discriminación para las personas en situación de migrantes en el marco de la situación sanitaria existente. Para esto debe generarse campañas o diversos instrumentos de difusión y comunicación con los protocolos y los procedimientos específicos que se tomarán para estos grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente para NNA, estableciendo cualquier medida que proteja sus derechos y los resguarde totalmente para aquellos que se encuentran en situación de migración sin compañía de un adulto¹⁹⁰.

A modo de término, la región ha presentado serios problemas para hacer frente a la pandemia. Las respuestas de los países no son homogéneas, dependiendo de la robustez de su sistema de salud y los recursos que su sistema educativo le brinda. Acortar las brechas digitales y mejorar la conectividad de zonas aisladas con centros de salud asoman como uno de los principales desafíos a futuro.

c) Participación y libertad de expresión

La Convención por los Derechos del Niño establece en sus artículos 5, 13, 14, 15, 17 y 23 los derechos de participación. A pesar de que la CIDH ha remarcado la importancia en que los NNA comprendan lo que está sucediendo y sientan que participan en las decisiones que les afectan¹⁹¹, la realidad es que en base a las estructuras de poder pocas veces los NNA tienen la posibilidad de influir en el manejo de sus derechos¹⁹². Una

¹⁹⁰ Resolución N°1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, página 19

¹⁹¹ “CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes.” (27 de abril de 2020). *Comunicados Corte IDH*. OEA.

¹⁹² Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, Liebel, M., & Martínez, M. (2009, mayo). *Infancia y Derechos Humanos hacia una ciudadanía participante y protagónica* (1º). IFEJANT. p.70-72

de las razones es la concepción errónea del principio de protección de los menores, el cual se sobrepone al de participación¹⁹³.

Ahora bien, el deber de los Estados se encuentra en dar la posibilidad por una parte de acceder a la información libremente y de proveer una educación sobre la pandemia acorde a sus capacidades de comprensión, y por otro lado de que se escuche las opiniones que los niños establezcan respecto a sus necesidades y soluciones.

El esfuerzo regional por garantizar este derecho ha ido *in crescendo*, principalmente a través de consejos asesores de niños, niñas y adolescentes¹⁹⁴. Durante el transcurso de la pandemia, se evidencia la celebración de algunas sesiones en diversos países, toda vía remota. Estas se suman a instancias propias que han creado UNICEF y organizaciones como World Vision.

La gran ventaja que ha ofrecido la pandemia es que estas reuniones se realizan vía online, permitiendo conectarse desde cualquier parte a través de internet. La desventaja

¹⁹³ La Investigadora Británica de la infancia Gerison Lansdown comenta que “es el predominio de un modelo proteccionista en la construcción de nuestras relaciones con los niños, lo que, muchas veces ha impedido que se desarrolle un reconocimiento adecuado de la capacidad de participación real de ellos (...) Y es su necesidad de protección de la que los adultos se han valido para justificar su persistente resistencia a conceder a los niños el derecho de tomar decisiones propias en su vida. Es así como se establece un círculo afirmador. Pues, atribuyendo a los niños una falta de competencia para decidir su vida, se les considera vulnerables y necesitados de protección. Y porque necesitan protección, los adultos se creen apoderados para actuar en su lugar. Negando a los niños el poder de tomar decisiones o de participar en ellas de manera amplia, su vulnerabilidad ante la autoridad adulta crece aún más”. En: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, Liebel, M., & Martínez, M. (2009, mayo). *Infancia y Derechos Humanos hacia una ciudadanía participante y protagónica* (1º). IFEJANT. p.74

¹⁹⁴ El hito inicial lo marca el Instituto Interamericano del Niño (IIN), con la colaboración de UNICEF, que en el 2008 convocaron al Foro Interamericano de Niños Niñas y Adolescentes titulado “Mi Derecho a Participar.” De este foro y a través de sus recomendaciones, surge aquella que promueve la creación de Consejos Consultivos de Niños, Niñas y Adolescentes (CCNNA), como espacios de participación infantil que puedan asesorar en el diseño e implementación de políticas públicas. De ella surge la experiencia ecuatoriana, colombiana y chilena. En el primer país, existe el Consejo Consultivo Nacional de Niñas, Niños y Adolescentes, con rango constitucional (año 2008), reconocido mediante diversas leyes y códigos; en el segundo, la participación infantil se desarrolla en dos niveles, ambos en Bogotá: a nivel local por medio de los Consejos Locales de Niños, Niñas y Adolescentes, y a nivel distrital con el Consejo Consultivo Distrital de Niños, Niñas y Adolescentes (año 2012); finalmente se encuentra el caso chileno, el más reciente de los tres (año 2014), con más de un organismo, cuestión a analizarse en el siguiente subcapítulo. Estas manifestaciones se suman a Bolivia, que desde el 2004 cuenta con tres niveles de participación consagrados en la Ley de Código del Niño, Niña y Adolescente equivalentes al nivel local, regional y nacional Consejo Nacional de la Infancia. (2017). En: Estudio de Casos de Consejos Consultivos de Niñas, Niños y Adolescentes en Tres Comunas de la Región Metropolitana. Santiago, Chile, pp. 22-23.

obvia es el acceso a los medios tecnológicos para acceder a las reuniones, constituyendo un desafío sumamente necesario de los Estados.

Una encuesta realizada por UNICEF en los momentos más críticos del aislamiento, hecha en diversos países de América Latina y el Caribe, reportó que, en los anteriores siete días a la realización del sondeo en cuestión, un 27% había sentido ansiedad y 15% padecido depresión. Para el 30%, la principal razón que influía en sus emociones actuales es la situación económica. Una situación que genera elevada preocupación y es un llamado a las autoridades de salud nacionales, es que el 73% ha sentido la necesidad de pedir ayuda en relación con su bienestar físico y mental. Pese a lo anterior, el 40% no pidió ayuda. Entre las estrategias para combatir el estrés, los NNA destacan ver series, ordenar los hábitos, levantándose más temprano, por ejemplo, y hacer ejercicio¹⁹⁵.

La educación cumple un rol fundamental para el libre ejercicio de este derecho. Es primordial que todo NNA migrante sepa las medidas de protección y de resguardo necesarias para que no se propague el virus, debiendo adaptar la información a estándares según la edad de los NNA y traduciéndola a los idiomas que los niños y niñas migrantes entiendan. Por otro lado, deben generarse las instancias a nivel local y comunitario con la participación real de NNA, fomentando que en ellas se involucren migrantes, aportando una mirada diversa y enriquecedora a la conversación. Desde las administraciones locales y comunitarias debieran poner en marcha, con los medios que se dispongan, medios de interacción virtuales o instancias en las que, respetando las recomendaciones sanitarias, permitan que la cotidianidad de las personas transcurra más allá de la intimidad de los hogares.

d) Igualdad y no discriminación

El principio por desarrollar implica que dentro del espectro que a un NNA le corresponde, no exista una discriminación tanto por su condición de NNA como una diferenciación, entre sus pares o adultos, por características físicas, étnicas, religiosas,

¹⁹⁵ El impacto del COVID-19 en la salud mental de adolescentes y jóvenes. (Año 2020) Sondeo realizado a través de U-Report. *UNICEF América Latina y el Caribe*. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/el-impacto-del-covid-19-en-la-salud-mental-de-adolescentes-y-j%C3%B3venes>

entre otras. En tiempos pandémicos, el respeto al principio se ha visto frecuentemente retorcido, afectando sobre todo a los países con menores recursos.

La atención casi exclusiva al combate de la pandemia ha repercutido en que cualquier otra necesidad, aunque sea imperiosa por la importancia en el desarrollo de la persona, quede relegada a un segundo y tercer plano. En varios países de la región se han suspendido o limitado los servicios de salud reproductiva, materna, neonatal y de la niñez, los cuales son necesarios para evitar mortalidad y morbilidad¹⁹⁶.

Por otro lado, se ha evidenciado una incapacidad de llegar a territorios más lejanos, producto de eventos tanto ligados como no ligados al Covid-19, ante la insuficiencia de personal de salud y vehículos disponibles, los cuales la mayoría de veces afectan a poblaciones pobres y/o indígenas, quienes no tienen medios propios para llegar por su cuenta a un centro asistencial”.

En cuanto a una posible discriminación de la infancia¹⁹⁷ o según la condición migratoria para acceder a un tratamiento, no se han documentado prácticas sistemáticas discriminatorias. De hecho, más allá de la crisis actual, en países como Colombia, Chile, Uruguay, Paraguay y Venezuela se brinda atención médica a los inmigrantes en caso de emergencia médica o quirúrgica, aunque su situación migratoria sea irregular, quedando cubiertos los gastos por el Estado. En el caso de Brasil, Ecuador y Nicaragua, el servicio médico no urgente se presta de forma indistinta a cualquier persona que lo solicite, independientemente de la ciudadanía o situación migratoria. En el caso panameño, se brinda solo en los albergues, mientras que, en el chileno y uruguayo, formalmente, se otorga el servicio a los afiliados a FONASA, en el primer caso, o alguna mutualista en el segundo. En Venezuela se debe presentar el carnet de la Patria.

¹⁹⁶ Aunque sea complejo, no se deben descuidar aspectos de la salud de crucial importancia e impostergables. Tal es el caso de la “salud sexual y reproductiva (incluyendo la anticoncepción, el embarazo, el parto y el aborto), del seguimiento al recién nacido, los programas de inmunización, la atención de enfermedades infecciosas, la dispensación de medicamentos para las enfermedades crónicas y mentales, las cirugías de emergencia y la atención a las personas víctimas de violencia y de accidentes, los programas de protección y promoción de la lactancia materna y los programas de nutrición, entre otras acciones.” En: Castro, Arachu (agosto 2020), “Desafíos de la pandemia de COVID-19 en la salud de la mujer, de la niñez y de la adolescencia en América Latina y el Caribe”. *PNUD América Latina y el Caribe – UNICEF*, página. 17.

¹⁹⁷ La cuarta edad ha sufrido discriminaciones en situaciones de colapso del sistema, donde se han impuesto topes de edad en el recibimiento de pacientes críticos.

México por su parte, requiere que hayan transcurrido 90 días a partir de su registro en el Seguro Popular gratuito y Bolivia lo hace en la seguridad social de manera informal, previa autorización del director de la unidad médica, ya que de manera formal sólo se puede otorgar atención a migrantes regulares que no cuenten con seguros de salud y limitado a las siguientes áreas: mujeres embarazadas, niños menores de 5 años, adultos mayores a partir de los 60 años, servicios de salud sexual y reproductiva a mujeres en edad fértil y a personas con discapacidad¹⁹⁸.

Particularmente sensible es la situación en la que se encuentran NNAM en la frontera. En ese sentido, la CIDH ha sostenido que el estándar de atención y cuidado es el mismo, debiendo los Estados proveer este derecho social básico sin distinción de ningún tipo.

En cuanto a las devoluciones, deportaciones y expulsiones es necesario que sean con el debido resguardo de las medidas de seguridad de salud para que estos puedan ejercer su debido derecho a la salud sin discriminación alguna, a pesar de no tener la nacionalidad o los permisos de residencia requeridos por el Estado¹⁹⁹.

En cuanto al traspaso de información sobre el virus, el principio analizado cumple una tarea similar a una de las dimensiones del principio de participación. Es esencial que el medio de transmisión de información sea inteligible. Los NNAM tienen factores que inciden en la cadena informativa, tales como el idioma, la edad y la falta de resguardo por parte de la familia, sociedad o Estado. Por lo tanto, el enfoque debe siempre fijarse en la comprensión del receptor. “La educación puede alentar a los estudiantes a convertirse en promotores de la prevención y el control de la enfermedad en su hogar, en la escuela y en su comunidad, donde pueden explicar a otras personas cómo prevenir el contagio de virus”²⁰⁰

¹⁹⁸ Fernández MA, Roo JB, Dávila R, Montalvo J, Da Costa MC, De Angulo A, et al. La salud de los migrantes y los servicios de salud en Medicina Familiar en Iberoamérica. *Rev Bras Med Fam Comunidade*. 2018;13(Suppl 1):84-112, p. 15-16

¹⁹⁹ Resolución N°1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, p. 18.

²⁰⁰ UNICEF. (2020, marzo). Guía provisional para la prevención y el control de la COVID-19 en las escuelas. *UNICEF*.

En la educación formal, los Estados en su mayoría adoptaron la modalidad online de las clases, lo cual reflejó las grandes desigualdades que existen en el continente americano. El acceso a la tecnología e internet fue una limitante transversal en los países de la región. “En América Latina, en particular, datos del 2019 indican que 33% de la población no cuenta con acceso a internet. Ante la brecha digital, la CIDH recomienda a los Estados a emplear los medios de comunicación para garantizar el acceso a la educación sin ningún tipo de discriminación”²⁰¹.

Consideramos que proveer de medios digitales y acortar las brechas educativas generadas por la educación virtual representa uno de los grandes desafíos venideros. Los Estados deben otorgar seguridad de que las nuevas medidas tomadas en la educación no solo no perjudiquen al porcentaje de la población más vulnerable, sino que se concentren en contrarrestar los profundos efectos inequitativos que la pandemia ha producido en las poblaciones del continente americano. Por otro lado, se debe reforzar la idea de que el virus no discrimina y cualquiera puede enfermarse, debiendo adoptarse medidas que involucren a la población extranjera para combatir el virus de forma efectiva.

²⁰¹ “CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes.” (27 de abril de 2020). *Comunicados Corte IDH*. OEA.

2. Sistema nacional

El aparataje público nacional se ha enfrentado a desafíos importantes desde el 2019. El estallido social se configuró como un preámbulo de la puesta a prueba de un sistema que pocos meses después, con mayor o menor agudeza en sus instituciones, debió, debe y deberá hacer frente a una problemática que nadie pudo prever. En esta situación se han observado situaciones que han impactado en particular a las comunidades migrantes en Chile, las cuales como se ha sostenido, presentan una vulnerabilidad particular no solo por desconocer la cultura de riesgo de nuestro país, sino porque experimentan condiciones de base que los hacen particularmente vulnerables en contextos de emergencia.

a) Interés superior del niño

Ya se ha desarrollado la importancia de la reunificación familiar en la configuración del interés superior del niño, debiendo facilitarla a menos que las circunstancias de aquella reunión efectivamente lo/a perjudique. En ese sentido, el inicio de la pandemia representó un desafío mayúsculo para familias que se vieron separadas y/o varadas en un lugar distintos al resto de sus familiares²⁰², ya sea en un intento por regresar a sus países de origen o incluso para volver a Chile, que por la fecha aún había personas completando sus vacaciones. Un caso bastante ilustrativo fueron las imágenes de cerca de 600 ciudadanos venezolanos que llegaron a cumplir más de 1 mes afuera de su consulado durante los meses de abril y mayo de 2020, aguardando por medidas de su gobierno para facilitarles el regreso a su país de origen, dentro de los cuales se encontraban cientos de niños, niñas y adolescentes²⁰³.

La pandemia ha generado, sobre todo en su inicio, un inconveniente cuya responsabilidad ha sido esquivada en los gobiernos alrededor del globo. La Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, expresó desde el

²⁰² Uno de los puntos que causaba mayor aflicción en la encuesta sobre migración abordada en el subcapítulo anterior, decía relación con la situación migratoria de familiares y la reunificación familiar, vinculadas a familia que se quedó atrás, envío de remesas al país de origen y viajes planificados en riesgo. En: Universidad del Desarrollo (mayo 2020). Óp.. Cit., p.32.

²⁰³ En: Confirman dos casos de coronavirus entre migrantes venezolanos que dormían afuera de su embajada en Chile. (25 de mayo de 2020). *La Tercera*.

inicio que regresar al país de origen en tiempos pandémicos es un derecho, debiendo los Estados focalizar esfuerzos en una colaboración que facilite la transición²⁰⁴.

El trato del Estado de Chile ha sido dispar. Por un lado, existen manifestaciones de procesos respetuosos con el derecho internacional de los derechos humanos, como la colaboración chileno-boliviana frente al caso de alrededor de 1300 bolivianos, entre ellos mujeres embarazadas, ancianos y niños, que habían quedado varados a la intemperie en el lado chileno de la frontera y que fueron transportadas por funcionarios chilenos de Colchane a Iquique, donde los instalaron en escuelas y les proporcionaron acceso a cuidados sanitarios y otros servicios básicos, para posteriormente ser derivados a Bolivia. Pero, por otro lado, episodios como el trato que han recibido los migrantes irregulares a propósito de las deportaciones masivas ejemplifican una política muy alejada a un respeto irrestricto del debido proceso y los derechos humanos de la población migrante²⁰⁵.

Frente a estas diferencias en el actuar de la autoridad, la comunidad política ha debido improvisar mesas de trabajo para abordar la temática intersectorialmente.

Por ejemplo, el 16 de octubre de 2020 se realizó un conversatorio virtual, denominado Mesa sobre migración y GRD²⁰⁶ “Problemáticas identificadas durante la pandemia COVID-19”²⁰⁷, en el cual diversos organismos de la institucionalidad²⁰⁸ principalmente públicas, abordaron los desafíos que han debido enfrentar en el trabajo con

²⁰⁴ Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus. (15 de abril de 2020). *Noticias ONU*. Disponible en <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472872>

²⁰⁵ De hecho, la Corte de Apelaciones de Iquique declaró ilegal la expulsión masiva, luego de que en el fallo del recurso de amparo interpuesto en su favor declarara que la expulsión constituía una violación a la garantía constitucional del artículo 19 N°3 inciso 6° de la CPR, ya que en ningún momento se les brindó a los amparados la oportunidad de defenderse, ser oído ni aportar pruebas en los hechos que se le imputaban, además de una transgresión al principio de legalidad.

²⁰⁶ Gestión del Riesgo de Desastres (GRD), de la Plataforma Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres. La actividad fue coordinada por la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio de Interior y Seguridad Pública (ONEMI), en su calidad de coordinador del Sistema Nacional de Protección Civil.

²⁰⁷ Chaverini, V.; Gómez, C.; Guzmán, L; Martínez, F.; Rivera, I.; Silva, J. (octubre 2020). *Mesa sobre migración y GRD*²⁰⁷ “Problemáticas identificadas durante la pandemia COVID-19”. Informe Ejecutivo. ONEMI. Santiago, Chile.

²⁰⁸ Participaron representantes de ONEMI, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM), el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, la Policía de Investigaciones (PDI), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), UNESCO y el Consejo de la Sociedad Civil (COSOC) del Ministerio del Interior..

comunidades migrantes, a fin de compartir experiencias que ayuden a dilucidar soluciones multisectoriales a las problemáticas actuales. En él, se abordó el reintegro de nacionales varados en el extranjero o deseosos de volver al país, el cual también fue blanco de polémicas en un principio. El cierre intempestivo de fronteras conllevó un desafío gigante, en el que luego de varias semanas se logró, a través de vuelos humanitarios, repatriar a cerca de 130 mil nacionales y migrantes²⁰⁹.

En cuanto a materia de niñez, los riesgos en el contagio han entrado en conflicto con el goce de derechos especialmente sensibles para los NNA.

En los protocolos elaborados por el SENAME en razón de la pandemia, se establece que para aquellos NNA que se encuentren en “acercamiento familiar”, debe favorecerse su máxima permanencia en el hogar familiar, debiendo informar a las familias sobre las medidas y acciones preventivas en materia sanitaria y logística. Para quienes no pueden acceder a este “beneficio”, las visitas a los centros se encuentran sumamente restringidas, variando según sea el “Paso” en el que se encuentre la comuna donde está emplazado el centro que aloje a él o la menor (se admiten desde el Paso 2), debiendo priorizar el contacto telefónico u otro medio tecnológico disponible²¹⁰.

Para hacer frente a las limitadas interacciones familiares que los NNA han tenido en estos meses, se han desplegado esfuerzos extra para doblegarlas. El Ministerio de Desarrollo Social y Familia ha asumido aquella labor en varias ocasiones, sirviendo de punto medio en la interacción y gestión multisectorial.

Otro aspecto a considerar en el desarrollo del interés superior del niño, es el impacto que las políticas públicas y legislación puedan provocar en ellos, como grupo susceptible de necesidades especiales. En Chile fue lenta la consideración de este tema. Durante largos meses de cuarentena los NNA carecieron de mayores cuidados especiales, recién pudiendo en agosto hacer uso de un permiso que los refrescara de una monotonía impuesta y ajena a sus intereses, además de terminar con un sedentarismo dañino a nivel físico y mental.

²⁰⁹ IBID, p.8.

²¹⁰ SENAME (agosto de 2020). Protocolo de actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus Covid-19 en Centros de cuidado alternativo residencial y FAE de administración directa, p.10.

Un asunto poco tratado por los medios de nuestro país fue la situación que viven niños y niñas de la primera infancia que se encuentran en centro de privación de libertad junto a sus madres, que producto de la pandemia, debieron separarse. Entendiendo que el vínculo afectivo y el desarrollo primario en cualquier persona es esencial, la Defensoría de la Niñez solicitó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que se concediera un indulto conmutativo a quienes residían en centros con hijos menores de 2 años o embarazadas, lo cual tuvo acogida en el poder ejecutivo y legislativo.

En el ámbito educacional la situación sanitaria conllevó a que la Subsecretaría de la Niñez estableciera que era imperioso entregar y publicar cartillas de recomendaciones²¹¹ para aquellos adultos a cargo del cuidado de niños, niñas y adolescentes²¹², quienes por el cierre de los colegios han debido asumir la labor educativa, tanto en materia de clases como medidas de salud, estrés y prevención de enfermedades de salud mental.

Desde el 2020 el subsistema de protección integral de la infancia “Chile Crece Contigo”²¹³ ha realizado recomendaciones a través de sus redes sociales para que realizar con los niños, niñas y adolescentes en casa, como establecer la crianza en este contexto. Todo en miras a que la estabilidad de los NNA no se vea pasada a llevar en demasía por la crisis sanitaria y que, finalmente, los efectos negativos en las personas menores de edad puedan mitigarse²¹⁴.

Por otro lado, en la Macrozona Norte y en relación a la crisis migratoria, durante el año 2021 se generaron medidas de protección y coordinado gestiones administrativas entre la Defensoría de la Niñez, Tribunales de Familia, Programa Mi Abogado, Oficinas de Protección de Derechos, Subsecretaría de la Niñez y Sename, con el objetivo de configurar

²¹¹ Estas cartillas fueron entregadas por las Secretarías Regionales Ministeriales del Ministerio de Desarrollo Social y Familia en residencias sanitarias en donde debieron permanecer, en razón de una cuarentena preventiva, muchas familias migrantes.

²¹² Minuta de presentación NNA Migrantes en contexto COVID-19 de Subsecretaría de la Niñez. Cámara de Diputados, p.3.

²¹³ IBID

²¹⁴ Defensoría de la Niñez. (2020, noviembre). Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile Informe Anual 2020 Tercera Parte (N.º 2), p, 55.

un sistema de protección a NNA migrantes y refugiados, apuntando a la reunificación familiar²¹⁵.

En grueso, ha habido intenciones por resaltar las particularidades y vulnerabilidades que la crisis sanitaria ha generado en NNAM, sobre todo en coordinaciones intersectoriales en el último año, con especial énfasis en el norte del país. Sin embargo, resulta preocupante que en los instructivos emanados de instituciones públicas y plataformas virtuales se invisibilice a la población infantil migrante. Es bastante difícil encontrar en la legislación y normativa reciente, así como puesta en marcha de planes y protocolos especiales, menciones que refieren específicamente a los NNAM o adaptaciones idiomáticas de la información entregada. Ya son pocas las consideraciones que se hacen en los niños como grupo etario focalizado, resultando crítico cuando se le añade el hecho de que sean migrante.

b) Supervivencia y desarrollo

Este aspecto es uno de los más críticos y que tendrá mayores repercusiones en la formación integral de los NNA migrantes en su camino a la adultez. La crisis migratoria en el norte del país, sumado a las dificultades que el sistema ha tenido para adaptar sus políticas hacia la población migrante en, por ejemplo, materia educativa, ha profundizado una brecha difícil de superar. Más aún, los miedos a las deportaciones de la población migrante irregular, sumado a una menor cultura de vacunación en sus países de origen, ha desembocado en un porcentaje alto de no vacunados. Si a aquello se le suman las condiciones de hacinamiento en el que viven estos grupos, el impacto de la pandemia ha sido elevado.

Desde el Departamento de Salud, Pueblos Indígenas e Interculturalidad, División de Políticas Públicas Saludables y Promoción (DIPOL), de la Subsecretaría de Salud Pública, indican que “se ha colaborado con los departamentos de epidemiología para apoyar las estrategias de trazabilidad y aislamiento con foco en grupos especialmente vulnerables, como aquellos que presentan mayores tasas de hacinamiento”. Esto es un hecho particularmente relevante, por las condiciones de hacinamiento en las que viven

²¹⁵ Defensoría de la Niñez. (2021, noviembre). Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile Informe Anual 2021 p, 112.

familias migrantes, las que, ante la enfermedad de uno de sus miembros, se ven imposibilitados de realizar una separación del resto del núcleo familiar por temas de espacio. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) destacó el papel del país en ese sentido, ya que la atención a personas en situación irregular (quienes generalmente presentan situaciones más precarizadas), ha permitido trabajar intersectorialmente con instituciones como el MINSAL, que les permita brindar ayuda humanitaria con atención especial a niños y niñas, y desde la perspectiva de género, para evitar que esas personas queden en situación de calle²¹⁶.

Por otra parte, destaca la digitalización y habilitación de correos para efectuar trámites de índole migratoria, con el fin de evitar el riesgo de los encuentros presenciales en oficinas²¹⁷.

El Ministerio de Educación aclaró el enfoque ante el cual están abordando esta situación, dejando en claro que se han centrado en garantizar el derecho a la educación, eliminando barreras que permitan un acceso más libre y equitativo independiente de su situación migratoria por los compromisos internacionales que se tienen sobre este derecho²¹⁸. Por ejemplo, destaca la realización de guías complementarias que tuvieran un especial enfoque en los estudiantes extranjeros.

También se llamó a las comunidades educativas para que tuvieran una constante comunicación con los estudiantes y familias en situación de migración, de manera de ir manteniendo las redes, la articulación intersectorial y la estabilidad que generaba el establecimiento educacional en un contexto normal, buscando siempre tomar aquellas medidas que garanticen sus derechos fundamentales.

Los resultados de una encuesta sobre Covid-19 a poblaciones migrantes internacionales en Chile en mayo del año 2020²¹⁹, muestran diversas preocupaciones de

²¹⁶ IBID, p.11.

²¹⁷ Cristián Gómez, Jefe del Área Convivencia y Territorio, Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM), explica que de esta manera se han facilitado los procedimientos, además de flexibilizarlos. Así, un 79% de los ingresos en su institución se han hecho de manera digital, mientras que se han ampliado los plazos de postulación para los distintos beneficios entre 5 a 120 días. En: IBID, p. 8.

²¹⁸ IBID, p.12

²¹⁹ Estudio elaborado por el Programa de Estudios Sociales en Salud (Proessa). Instituto de Ciencias e Innovación en Medicina, ICIM, Facultad de Medicina Clínica Alemana, Universidad del Desarrollo. En la página 36 del informe se indica que se entrevistaron a 1690 personas, con un promedio de edad de 38,17 años, con un 67% de participantes mujeres. No hubo menores de edad, la menor edad fue 18 años. Se

parte de este grupo, que se expresan en miedos y aspiraciones.²²⁰ Del estudio se desprende, por un lado, la necesidad de implementar medidas de contención de tipo económico, laboral y de vivienda; y por el otro, efectuar políticas públicas de salud mental y bienestar individual y familiar enfocado en la población migrante en nuestro país, a saber: duelo migratorio, pérdida de redes significativas de apoyo, la experiencia migratoria y riesgos asociados, el shock de llegada al nuevo país, cadenas de cuidado y crianza virtual de hijos e hijas, síntomas ansiosos y depresivos asociados a los esfuerzos de integración social y aculturación, por mencionar los más importantes.

Estimamos que es vital que las estrategias dirigidas a contener y guiar estas aprehensiones sean dirigidas de manera diferente según el grupo etario, poniendo especial atención en sus factores de desarrollo propios.

Dentro de las recomendaciones realizadas por la encuesta elaborada por la UDD, se encuentra el área educativa²²¹. Se propone un reforzamiento educativo para la población migrante en cuanto a temas relevantes sobre el Covid-19, sobre qué manera se transmite, cuáles son las medidas de prevención y demás información relevante, que sea en un lenguaje al cual puedan acceder la mayoría. Esta recomendación se produce por la desinformación existente en la población migrante, la cual produce grandes errores no solo para esta población, sino que para poder frenar el virus en sí.

El SENAME y la Defensoría de la Niñez son de los organismos que, al menos desde su misión institucional, deben velar de manera más minuciosa por la protección de los derechos de los NNA. Muy temprano, la Defensora de la Niñez, Patricia Muñoz, envió un oficio N°211/2020 al entonces Ministro de Salud, Jaime Mañalich, el día 23 de marzo de 2020. En él, solicitaba remitir con el carácter de urgente a todos los NNA que hubiesen

identificaron 35 países distintos de origen, siendo los cuatro principales Venezuela (59,7%), Colombia (13,5%), Haití (5,3%) y Perú (4,3%), con algunas diferencias respecto de reportado el 2019 por el DEM e INE que indicaba como los cuatro principales países de origen de personas extranjeras Venezuela (23%), Perú (17%), Haití (14%) y Colombia (11%). La mayoría de los participantes llegó a Chile entre 1 y 5 años atrás y reside en la Región Metropolitana. Asimismo, la mayoría de los participantes reportaron nivel educacional universitario.

²²⁰ El 90% de los participantes de la encuesta reportan sentirse angustiados o preocupados “la última semana” a causa del virus, mientras que un 73% declara haberse sentido triste o deprimido en la última semana producto de la misma causa. De esta manera, 9 de cada 10 personas migrantes reportaron sentirse angustiados y preocupados, mientras que 7 de cada 10 declararon estar tristes o deprimidos a causa de la pandemia. En: Universidad del Desarrollo. (mayo 2020). Encuesta sobre Covid-19 a poblaciones migrantes internacionales en Chile, p. 40.

²²¹ Universidad del Desarrollo. (mayo 2020). Óp.. Cit., p.37

dado positivo por COVID-19; informar el tratamiento que reciben; los muertos por dicho virus; y remitir información valiosa que diera cuenta que el procedimiento y tratamiento que este grupo etario fuera el adecuado. Hay que recordar, que la Defensoría de la Niñez tiene legitimidad activa para querellarse penalmente en representación de los NNA, sean migrantes o no.

Desde la vereda del SENAME se ha creado una serie de protocolos sanitarios, con varias ediciones. En síntesis, existen: Protocolo residencias y programas ambulatorios organismos colaboradores; Protocolo centros y residencias administración directa; Protocolo justicia juvenil; e Infograma de apoyo centros de justicia juvenil. En todos ellos destaca la importancia de un ingreso seguro, tanto de los funcionarios como de los NNA, que involucren barreras sanitarias como ducha, cambio de ropa y toma de temperatura (la cual sobre 37, 8° alerta un nuevo procedimiento de aislación preventiva²²²).

En un aspecto muy complejo, está la presencia de adicciones en estos centros, las cuales no son menores. Por esta razón, se ha puesto especial atención al acceso restringido al alcohol gel, cuyo uso debe ser siempre en compañía de funcionario, privilegiando, eso sí, siempre el lavado de manos. Llama la atención la recomendación de uso de mascarillas de todo NNA, independiente de la edad, en espacios de libre tránsito dentro de los centros, contraria a la recomendación de la OMS de no-uso de mascarillas en menores de 5 años, por bajo nivel de contagio y riesgo de ahogo.

Sobre la efectividad de las medidas adoptadas por los centros del y asociados al SENAME, la Defensoría de la Niñez ha hecho un análisis crítico a la labor, aduciendo que ha habido un alto índice de contagio de Covid-19, una insuficiente aplicación de examen PCR y demora de resultados, insuficientes e inadecuados espacios para aislamiento, carencia de insumos y elementos de protección personal, e interrupción de atenciones y controles de salud. Además, en las visitas inspectoras entre marzo y junio del 2020 se constató que la mayoría de las residencias y centros de privación de libertad fueron testigos de una disminución importante de funcionarios/as, principalmente por licencias médicas, lo

²²² SENAME (agosto de 2020). Protocolo de actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus Covid-19 en Centros de cuidado alternativo residencial y FAE de administración directa, p.10.

que conllevó contratar personal de apoyo no calificado, implicando una rotación importante,²²³.

Por otra parte, es amplia la colaboración multisectorial que ha habido con centros del SENAME. Instituciones como Cruz Roja²²⁴ y especialmente Unicef han donado importantes insumos sanitarios para la red Sename, en Aysén²²⁵, Coquimbo²²⁶, Atacama²²⁷, además de colaboraciones con fundaciones como Fútbol +, quienes en conjunto con UNICEF desarrollaron el proyecto “Mi Casa, Mi Cancha”, enfocado en el deporte y el juego en contextos de aislamiento preventivo por la crisis sanitaria.²²⁸ El objetivo es trabajar el desarrollo de hábitos y actividades deportivas en espacios reducidos, para así generar espacios de sana convivencia entre NNA y adultos. La instancia, además, cuenta con contenido destinado a los profesionales responsables de niños en residencias, quienes hacen uso de las recomendaciones y herramientas entregadas para abordar el apoyo psicosocial²²⁹. Por su parte, instalaciones propias y de alto nivel han sido inauguradas en ciertos centros del Sename²³⁰, permitiendo a los adolescentes distraerse y liberar energías y tensiones producto del aislamiento, lo que ha bajado los niveles de violencia en el establecimiento.

²²³ Defensoría de la Niñez. (2020, noviembre). Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile Informe Anual 2020. Tercera Parte (N.º 2), p.174-175.

²²⁴ Cruz Roja entrega más de 1300 mascarillas para residencias y centros de la red Sename. (5 de junio de 2020). *Prensa SENAME*.

²²⁵ Unicef donó insumos sanitarios para la red Sename en Aysén. (26 de junio de 2020). *Prensa SENAME*.

²²⁶ Residencias de la red Sename reciben aportes de Unicef en la Región de Coquimbo. (26 de junio de 2020). *Prensa SENAME*

²²⁷ Sename Atacama recibió insumos de protección sanitaria desde Unicef. (23 de junio de 2020). *Prensa SENAME*.

²²⁸ El proyecto consiste, básicamente, en la promoción de cápsulas semanales con material didáctico para la actividad física, que incluye desafíos para realizar en casa e incentivar la higiene personal de los niños, en el marco de la pandemia. Además, se busca que los NNA tengan acceso a actividades que les permitan mantener una sana rutina diaria, lo cual estimule, desarrolle y proteja su salud física y mental.

²²⁹ Fundación Fútbol + y Unicef favorecen rutinas saludables de niños y adolescentes en la red Sename. (6 de junio de 2020). *Prensa SENAME*.

²³⁰ El Hogar Arturo Prat de Valparaíso inauguró en octubre un gimnasio de alta calidad en sus dependencias, el cual incluye una sala de máquinas y una multicancha en un gimnasio.

En la misma línea constan colaboraciones con universidades y Seremis de Salud. Universidad de La Serena y la Seremi de Salud de la Región de Coquimbo, desarrollando diversos talleres tanto para los NNA residentes de centros Sename como profesionales que trabajan en ellos, enfocados en áreas tan diversas como la salud bucal; prevención e higienes respiratoria por el tabaco, dando a conocer los riesgos del cigarrillo y el vaporizador en el desarrollo del virus; talleres para abordar las emociones²³¹ o el curso “Estrategias para recuperar la alegría y creatividad en tiempos de pandemia”, dirigido a educadores de trato directo, psicopedagogos y equipos técnicos de residencias²³².

De esta manera, el balance es contradictorio. Se valoran los vínculos interdisciplinarios con instituciones públicas y privadas que velen por contrarrestar el complejo momento que se vive dentro de las residencias, a través de insumos médicos y actividades que desarrollen la integralidad de los NNAM. Los protocolos en general están bien hechos y si bien hay ciertos detalles a mejorar, se nota un trabajo bien hecho con constante actualización. Sin embargo, los talleres no son constantes, quedando a la voluntad de las instituciones participantes y generando una desigualdad entre centros. Además, nuevamente el Sename se encuentra en el centro de la polémica ante el análisis negativo por parte de la Defensoría de la Niñez, la que ha notado diversas y preocupantes falencias, que han repercutido negativamente en el desarrollo adecuado y sano de las y los menores a cargo del Estado.

A modo de conclusión, el principio analizado genera un punto de especial relevancia a la hora de afrontar los desafíos venideros. Mientras mayor es la vulnerabilidad social y familiar, peores son las condiciones bases sobre las cuales se puede hacer frente a la pandemia. Una población migrante con carencias materiales y bases educativas disminuidas con respecto a sus pares nacionales desembocan en un desarrollo más lento, expandiendo una brecha ya existente. Desde el ámbito sanitario, se debe reforzar la tarea informativa sobre la universalidad de la vacuna y sus efectos positivos, lo que implica una necesaria coordinación del sector público y mensajes de parte de la autoridad coherentes.

²³¹ Universidad de la Serena y Sename realizan talleres para abordar las emociones de los niños durante la pandemia. (16 de octubre de 2020). *Prensa SENAME*

²³² Con diversos talleres abordan el cuidado de la salud de niños y niñas en residencias del Sename. (05 de noviembre de 2020). *Prensa SENAME*.

c) Participación y libertad de expresión

En Chile, existe un gran déficit existente respecto a la participación de NNA en el debate y soluciones vinculante frente a las problemáticas nacionales. El proceso constituyente vivido en el país fue motivado e impulsado por la juventud, la cual constantemente ha dado cuenta de las desigualdades existentes en el país. A pesar esto, a la hora de decidir no tuvieron ni voz ni voto. En este sentido existe una deuda histórica del Estado de Chile con los menores Significa una oportunidad para el Estado de Chile poder escuchar y hacer vinculantes las opiniones, puesto que a lo largo de la historia se puede ver como su participación ha influido en grandes y positivos cambios sociales, y que, al ser sujetos activos, deben influir en el proceso político y en la toma de decisiones.

Para los jóvenes migrantes su participación es mucho más invisible y repercute en la omisión de participación en temas que le son vinculantes. En este sentido no hay hasta el momento encuestas o programas dedicados a recabar información sobre cómo ha sido y de qué manera ha afectado la pandemia en su regularización escolar. En la minuta de presentación de NNA migrantes en contexto COVID-19 presentada por la Subsecretaría de la Niñez en el Congreso durante una sesión el 2020, se detalla en sus conclusiones el deber de promoción y protección de los derechos de cada uno de los NNA, de impedir que se vean excluidos de las políticas de protección social que requieren debido a que el adulto a su cargo se encuentre en una situación de migración irregular²³³. Consideramos que queda corto, no solo no se puede excluir de los efectos de las políticas públicas a los menores por la situación migratoria de sus padres, ellos deben tener una voz en las decisiones que los afectarán. Si no se permite una participación activa de los NNAM nunca se podrán saldar todos los problemas que día a día vivencian.

En cuanto a los esfuerzos en el proceso educativo respecto a la población migrante se ha evidenciado la importancia y lo positivo que ha sido educar a la población migrante respecto del virus. “Las personas incluidas en este estudio manifestaron su interés por recibir más y mejor información acerca de esta enfermedad y sus medidas de prevención y manejo, señalando además que no toda la información que reciben es comprendida a

²³³ Minuta de presentación NNA Migrantes en contexto COVID-19 de Subsecretaría de la Niñez, p.2.

cabalidad”.²³⁴ Dentro de las misiones que debe tomar el Estado es, por tanto, proporcionar información en lenguaje inclusivo, de esta manera la población migrante podrá educarse para luego poder tomar participación activa dentro de la población. MINEDUC presenta como sugerencia para esto campañas educativas con adecuación intercultural que asegure que los grupos de comunidades extranjeras se vean representadas.

En materia de salud, desde el año 2009 existe el Consejo Consultivo de Adolescentes y Jóvenes del Ministerio de Salud²³⁵. Fue creado con el fin de asesorar a las autoridades ministeriales en torno a políticas y servicios de salud destinados a los NNA, orientando sus líneas de acción respecto a temas de salud mental, sexual y reproductiva, entre otros. En él se describen los lineamientos más importantes, destacando la importancia de ser titulares de derecho y por tanto aptos para representarse a sí mismos en diversos ámbitos conforme al grado de autonomía que vayan alcanzando según su desarrollo. A su vez, plantea contemplar las características específicas que requieren NNA y fortalecer por tanto su participación en la sociedad civil, fortaleciéndola de manera positiva.

Dentro de los encuentros en pandemia a nivel nacional, destaca el realizado el 13 de agosto de 2020, en el que más de 100 jóvenes, entre ellos los y las 2 consejeras por cada región (de entre 10 a 24 años), abordaron las problemáticas de la pandemia en las diversas áreas de afectación en su grupo y se elaboraron planes de acción. La participación contó con la participación del representante en Chile de UNICEF y la titular de la subsecretaría de Salud, Paula Daza. En la última información al respecto, se indica que el encuentro sería sistematizado, “para posteriormente presentar sus resultados y conclusiones centrales a los participantes, e instituciones vinculadas, como parte del proceso de retroalimentación que permita el mejoramiento de las estrategias orientadas a la promoción y prevención en contexto COVID- 19, desde la propia experiencia y opiniones de los adolescentes y jóvenes de todo Chile”²³⁶. Durante el año 2021 se registra un conversatorio cuyo tema fue

²³⁴ MINEDUC. (2020a, mayo). Encuesta sobre Covid-19 a poblaciones migrantes internacionales en Chile, p.37.

²³⁵ Este Órgano consultivo y deliberativo fue creado a través del Decreto 65 exento del Ministerio de Salud, publicado el 13 de marzo de 2010 y modificado por última vez a través del Decreto 1 Exento del mismo ministerio, entrando a vida normativa el 22 de enero de 2020. No es un órgano vinculante, pero el Decreto en cuestión se menciona como un *Órgano asesor participativo que incide en la gestión de políticas públicas en salud de jóvenes y adolescentes* (artículo 1º). Destaca la constante promoción de la participación juvenil, basada en la reflexión, planificación, evaluación y asesoría a las autoridades ministeriales.

²³⁶ “MINSAL realiza “conversatorio con Adolescentes y Jóvenes: paso a paso nos cuidamos en contexto de desconfinamiento”. (27 de agosto de 2020). *Prensa MINSAL*.

la salud sexual. No existe registro de otros encuentros como el del año 2020 cuya temática fuera la pandemia.

La Defensoría de la Niñez también cuenta con un Consejo Consultivo, que tiene como principal objetivo asesorar al órgano en cuestión, en el cuidado, promoción y protección de los derechos de NNA que vivan en el país. El 14 de junio de 2019 se creó el primero, compuesto por 13 miembros de organizaciones de la sociedad civil, organizaciones compuestas por NNA y universidades reconocidas y acreditadas por el Estado. Más de la mitad de los integrantes son personas entre 12 y 16 años, de distintas regiones de Chile. Las otras 6 corresponden a adultos. En el contexto de la pandemia actual, destacan videos en el canal de YouTube de forma constante, donde miembros del Consejo participan y dan consejos junto a funcionarios/as de la institución, para afrontar de mejor manera los tiempos difíciles. Además, consta una mesa de trabajo con NNA de la etnia romaní en el norte del país, la cual sesionó durante el año 2021 en actividades de promoción y difusión de derechos con los niños, niñas y adolescentes de campamento, y de formación dirigido a profesionales de la red. Es de consideración de quienes escriben que medidas como estas son positivas, sin embargo, resulta necesaria la visibilización de la población migrante, ya sea persuadiendo y evidenciando su participación y/o conformando una nueva mesa con NNA migrantes.

En los protocolos del Sename, se remarca la importancia de entregar información actualizada y hacer partícipes a todos los NNA de la residencia, creando instancias de participación como asambleas y/o encuentros grupales, siempre resguardando las medidas preventivas²³⁷. Es importante remarcar que a las Oficinas de Protección de Derechos (OPD)²³⁸ se les exige contar con un Consejo Consultivo a nivel local. lo que significa que, para el año 2017, 4 de cada 5 municipios deberían haber contado con este espacio de participación de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, un 56% de los municipios no presenta ninguna instancia de participación para esta población. Apenas en un 17%

²³⁷ Letra e) del punto 1 del capítulo III: Medidas preventivas, de los protocolos del Sename en relación a la crisis sanitaria Covid-19.

²³⁸ Oficinas comunales destinadas a realizar acciones de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Son operadas en convenio entre el SENAME y la Municipalidad

funciona un Consejo Comunal de NNA y en un 7% funciona otra instancia de participación²³⁹.

Respecto a la información entregada a la población migrante por parte de las autoridades en pandemia, desde el Departamento de Salud, Pueblos Indígenas e Interculturalidad del MINSAL, abogan por la necesidad de entregar información oportuna y veraz a la población migrante desde el sector salud y otros órganos del Estado, motivo por el cual se encargó a todas las regiones del país que crearan documentos con información, acción y comunicación con pertinencia cultural hacia la población migrante residente en nuestro país, para orientar sobre acciones de prevención del Covid-19. Sin embargo, reconoció la falta de profundización en la información entregada, ya que ha habido distorsiones en la entrega de información en la zona norte, lo que ha llevado a confusiones que derivan en algunos casos en ingresos irregulares²⁴⁰.

En razón de lo expuesto, creemos que en el principio no se encuentra logrado en su totalidad. Destacan los Consejos Consultivos del Ministerio de Salud y la Defensoría, los cuales son un gran avance, sin embargo, lamentamos que en el primero no tengan algún efecto vinculante ni involucren de forma más patente a la población infantil migrante. Por otro lado, la baja respuesta al mandato del cual debieran hacer caso las OPD se configura como un desafío a corto plazo. Quienes escriben consideran que se presenta una oportunidad para el Estado para tomar en consideración la opinión de los NNA con el fin de formar y concretar grandes ideas y avances en las cuales se incluya la voz de los NNA migrantes²⁴¹, propendiendo hacia la construcción de un país verdaderamente inclusivo y acogedor.

d) Igualdad y no discriminación

En tiempos de crisis social, este principio es uno de los más sensibles. Los casos de discriminación en el día a día cotidiano suelen aumentar, lo que en ciertas ocasiones se traduce al ámbito público.

²³⁹ Defensoría de la Niñez (2020). Óp.. Cit., p. 243.

²⁴⁰ Chaverini, V.; Gómez, C.; Guzmán, L; Martínez, F.; Rivera, I.; Silva, J. (octubre 2020). *Mesa sobre migración y GRD*. Óp.. Cit., p.11.

²⁴¹ Defensoría de la Niñez. (2020, noviembre). *Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile Informe Anual 2020. Tercera Parte (N.º 2)*, p .220

En materia de salud, el Decreto Supremo 67 del año 2016 explicita que toda persona extranjera, independiente de su condición migratoria, tiene el derecho a acceder a la salud en cualquiera de sus niveles y para todas las prestaciones, independiente de la edad. Es mandatorio otorgar un número provisorio de inscripción en el sistema público de salud e incluso ser inscritos, en el caso de contar con carencias importantes, en la categoría A de FONASA. En el caso de embarazadas, se puede adquirir una visa temporaria en el DEM con un certificado de control de embarazo, y acceder a todas las atenciones necesarias durante el tiempo de gestación y hasta 1 año después de nacido el hijo o hija. En la práctica, afortunadamente, no ha habido casos mediáticos ni particulares notorios que reflejen una discriminación en el acceso a las prestaciones de salud producto de problemas derivados por el Covid-19, lo que, lamentablemente, no es el caso en el acceso a las vacunas.

Los mensajes de la autoridad en el manejo de las crisis son fundamentales. Por ello, declaraciones como las emitidas por el ministro Andrés Allamand a inicios del 2021, donde exclamó que los migrantes con visa de turista no podrían vacunarse, confunden a la población y alientan la discriminación. Aunque el gobierno se rectificó, no son pocos los casos donde migrantes, sobre todo aquellos irregulares, han tenido problemas para acceder a la vacuna²⁴²

La no discriminación también aplica al entendimiento y adaptación del sistema frente a las diferencias que subgrupos puedan presentar. Así, por ejemplo, el SENAME adoptó medidas preventivas en el hogar y en el eventual traslado para casos en que un NNA con condiciones particulares de salud mental u otro cuadro agudo de salud se vea contagiado. En el caso de menores con discapacidades generales, se requiere el control de síntomas en cada cambio de turno, además de basarse en un monitoreo diferenciado²⁴³.

Los centros privativos de libertad tienen un protocolo especial en el que también se considera un régimen de visitas, a partir de la etapa Paso 2 de transición, limitadas a

²⁴² Minsal aclara universalidad de la vacuna ante denuncias de discriminación a migrantes (31 de mayo de 2021). *Diario UChile*.

²⁴³ SENAME (agosto de 2020). Protocolo de actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus Covid-19 en Centros de cuidado alternativo residencial y FAE de administración directa, p.9.

aquellas “estrictamente necesarias e indispensables”. Existe una disparidad entre los centros de privación de libertad y las residencias en cuanto al acceso de medios tecnológicos, lo que ha profundizado la distancia entre los menores internos y sus familiares. Los adolescentes manifestaron, en visitas hechas por la Defensoría de la Niñez, que se encontraban tristes y angustiados, en circunstancias que las llamadas se limitaban a una o dos veces por semana, con una duración máxima de 10 a 15 minutos. Aún mayor dificultad y frustración sentían aquellos NNA que sufrían de alguna discapacidad en los que les es más difícil el contacto virtual, y aquellos que se encontraban en zonas aisladas con poca o nula conexión a teléfono e internet²⁴⁴.

En cuanto a la educación, Chile en su Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada el 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas indicó que uno de sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS N°4) es la educación inclusiva en la cual existiera equidad y calidad para toda la época de aprendizaje. A partir de esto, todos los Estados se comprometieron a “hacer frente a todas las formas de exclusión y marginación, las disparidades y las desigualdades en el acceso, la partición y los resultados de aprendizaje²⁴⁵”. Las bases de las cuales la Agenda 2030 se basa son de instrumentos y acuerdos internacionales incluida la Convención por los Derechos del Niño. Por lo cual es relevante hacer notar que Chile se encuentra agilizando sus políticas públicas en vías a otorgar una educación sin discriminación de acceso ni con diferencias en cuanto a calidad.

El Comité de los Derechos del Niño, tal como se desarrolló anteriormente, manifestó en el año 2015 las deficiencias con que Chile entregaba este derecho fundamental, existiendo diferencias de calidad a lo largo del país. Sumado al reporte OCDE del año 2019 en cuanto a desafíos de educación equitativa para la población migrante, el contexto social en el que nos encontramos se ha transformado en uno de los desafíos más grandes para Chile. Las clases online dieron cuenta de la permanencia de deficiencias y brechas del sistema educativo en Chile, las cuales, a pesar de haberse dado a

²⁴⁴ Defensoría de la Niñez (2020). Óp.. Cit., p.177.

²⁴⁵ UNESCO. (2016). Declaración de Incheon y Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos, p.7.

conocer por organismos internacionales, a la fecha no han existido cambios fundamentales.

“Chile es un país con una alta desigualdad en la distribución de ingresos, siendo uno de los más desiguales de la OCDE, con baja movilidad social, desigual acceso a una educación de calidad y alta segregación escolar, que ha afectado la evolución y realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), cuestión que ha impedido que el crecimiento y progreso económico experimentado por Chile en las últimas décadas tenga un impacto distributivo acorde con lo que prescriben los DESCAs, perpetuando y reforzando las desigualdades²⁴⁶”

Sumado a estas dificultades, el panorama actual apunta hacia un incremento de la pobreza. Según datos de la CEPAL²⁴⁷ la población en situación de pobreza aumentará en un 5.7 %, lo cual podría generar una mayor deserción escolar ante un aumento en los trabajos infantiles con el objeto de cooperar en el ingreso familiar. Esta situación los expone por tanto a una mayor vulnerabilidad, a la que anteriormente ya se veían expuestos por ser menores de edad y en algunos casos migrantes. La relación de la pobreza con la educación es totalmente proporcional, de esta manera, al existir menos recursos a nivel país provocará un menor ingreso a la educación y menos ingresos familiares mayor tendencia al abandono de la escuela. En este sentido hay una vulneración implícita al principio de igualdad y no discriminación, existiendo como factor decisivo los recursos con los que cuentan aquellos a cargo de los niños, para su ingreso a la educación. La educación tal y como se evidenció anteriormente es un derecho humano, el cual debe otorgarse sin condición alguna, sin ejercer discriminación y el Estado debe anticiparse a posibles escenarios vulneratorios.

En suma, la normativa vigente apunta hacia la igualdad formal, lo que, si bien puede catalogarse como una buena noticia, no es suficiente. Se celebra que en materia de salud no existan discriminaciones arbitrarias, aunque el desafío a mejorar es el efectivo acceso a las prestaciones de salud de todos los grupos de la sociedad, lo que implica una campaña de información importante. En educación las diferencias tienden a aumentar. La

²⁴⁶ Defensoría de la Niñez. (2020, noviembre). Op. Cit., p.23.

²⁴⁷ IBID p.24.

desigualdad imperante en el país y la poca adaptación del sistema frente al extranjero se traduce en, primero, que aquellos grupos más desfavorecidos se sitúen en un plano desventajoso frente a los grupos privilegiados y, segundo, que los grupos migrantes no puedan gozar efectivamente de lo que potencialmente el sistema les ofrece, por desconocimiento. Creemos que debe crearse una especie de plan nacional con el fin de cerrar las brechas entre NNA nacionales y migrantes. Finalmente, en el caso de los menores privados de libertad, la crisis es global, requiriendo una intervención mayúscula. En lo que respecta a los NNA migrantes, mejorar los canales de comunicación entre familias y reclusos y adaptar el ambiente general a ser más acogedor y respetuoso con la multiculturalidad son posibles soluciones a las múltiples fallas del sistema.

CONCLUSIONES

Concluida la exposición de este trabajo, debemos enfrentar la pregunta inicial ¿el Estado chileno protege los derechos humanos de los NNA a través de su normativa y mediante el cumplimiento efectivo de su labor por parte de las instituciones encargadas de velar por el goce de sus derechos y garantías? La respuesta es negativa, en virtud de los términos definidos en este trabajo y la investigación realizada.

Lo anterior pues, ha quedado en evidencia que los flujos migratorios dentro del continente americano representan un escenario de alta vulnerabilidad para los NNA migrantes, que a su vez se complejiza con la vaga protección que ofrece nuestro sistema jurídico estatal, en circunstancias de que ni en su propia carta fundamental considera protección alguna a los NNA migrantes, generando una invisibilización sistemática de los mismos.

Con todo, es imposible desconocer que, aunque no con la frecuencia necesaria, herramientas como el control de convencionalidad, han contribuido a contrarrestar en parte el carácter mayormente estático del derecho constitucional, empujando normativas nacionales desactualizadas hacia unas cada vez más coherentes con el derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior ha sido posible gracias a fallos insignes de la Corte IDH, que sumado a la guía de la CIDH y los principales cuerpos normativos que conforman el sistema, han ofrecido garantías a los niños, niñas y adolescentes migrantes en el goce de sus derechos, suponiendo la creación de un verdadero Corpus Iuris Interamericano.

En cuanto al *ius migrandi*, ha sido fundamental el aporte del DIDH, el cual ha fijado como base mínima el derecho a establecerse pacíficamente y a retornar al país de origen, estableciendo que su respeto no puede estar supeditado al principio de la soberanía nacional de los Estados.

Del análisis global del sistema normativo e institucional tanto regional como global, es importante destacar que los principios de protección del interés superior del niño, la igualdad y prohibición a la discriminación, la participación y libertad de expresión, y la supervivencia y desarrollo son las bases jurídicas más importantes en lo que atañe a la protección de los derechos de la niñez.

La aplicación de estos principios queda de manifiesto en las sentencias expuestas de la Corte IDH que abordan la migración en el contexto de niñez, reconociendo importantes derechos como son, el derecho a la identidad y nacionalidad, considerados crucial en la adaptación al proceso migratorio; así como el derecho a la reunificación familiar y la protección de la familia, elementos claves en el crecimiento armónico de cada NNA.

En cuanto a si existe en Chile una efectiva protección de estos derechos, podemos afirmar que la legislación chilena e instituciones nacionales han sido deficientes y actualmente se encuentran por debajo de una protección óptima. Se constata entonces, lo que anticipamos en la primera parte de este trabajo, al postular que la falta de consideración siquiera nominativa en la Constitución chilena de NNA y NNA migrantes son la base de un sistema que establece políticas públicas y normas insuficientes frente a las vulnerabilidades propias de ser extranjero y menor de edad, pues si bien, no podemos desconocer que en el último tiempo se ha avanzado en un intento por cambiar la concepción invisibilizada de la niñez migrante a nivel de instituciones encargadas de proteger sus derechos, como la Defensoría de la Niñez, al día de hoy, los resultados han sido infructíferos en el cumplimiento del objetivo.

En materia de salud se vislumbra una mayor evolución, gracias a una normativa e instituciones con capacidad de adaptación²⁴⁸. Sin embargo, la realidad es que las tasas de NNAM que están inscritos o concurren a centros de salud es muy baja aún, constituyendo un desafío urgente para los próximos años.

En el ámbito educacional, el sistema está muy atrasado. Se celebran las nuevas condiciones que aseguran una igualdad formal en el acceso al sistema educativo, sin embargo, es utópico pensar que con ello se resuelven todos los problemas. En la actualidad, el sistema es rígido y no está preparado para el aumento explosivo de NNA migrantes que han ingresado a nuestro país. Por ello, el Estado chileno debe concentrar los esfuerzos en prácticas pedagógicas que persigan una igualdad material, con el fin de que los NNAM tengan una adaptación pacífica e integral que desarrolle en ellos un sentido de pertenencia, a través de experiencias inclusivas que pongan el énfasis tanto en el NNA

²⁴⁸ Las múltiples circulares mencionadas son un ejemplo de aquello. Por lo demás, cada vez más centros hospitalarios han adoptado políticas más inclusivas, como infografías en creole, adaptadas al menor y traductores.

como en su entorno, abrazando de esa manera las recomendaciones incluidas en informes de organismos a los cuales Chile pertenece y así, fluir hacia un trabajo de colaboración intersectorial efectiva.

Finalmente, en lo que concierne al tercer capítulo, la crisis humanitaria producto del Covid-19 dejó en evidencia fragilidades institucionales que aumentaron la desprotección de NNA migrantes en los países que componen el sistema interamericano. Este escenario nos confirma lo que planteábamos al inicio de esta tesis, que, como consecuencia de la limitada capacidad de reacción en el contexto normativo-institucional frente a circunstancias inesperadas como la pandemia del Covid-19 del Estado chileno y de los demás países que componen el sistema interamericano, los derechos de quienes son a la vez niños y migrantes se ven afectados con mayor fuerza debido a su especial situación de vulnerabilidad. El panorama se ha vuelto particularmente complejo en circunstancias que los sistemas locales no han dado abasto en los requerimientos de la población, por lo que la niñez migrante, sobre todo aquella en la frontera, ha quedado en una indefensión preocupante. Si a eso se suma un clima de tensión donde cualquier individuo puede ser potencialmente peligroso²⁴⁹, se cae en la lamentable pendiente de discriminaciones xenófobas y racistas.

Destacamos que la acogida de migrantes a los sistemas de salud locales, amén de normativas inclusivas, han contribuido a aminorar estos efectos. Sin embargo, las prestaciones de salud no relacionadas al Covid-19, tanto en Chile como en el resto de los países americanos e incluso mundial, han quedado relegadas a un segundo plano, lo que ha conllevado una afectación dramática en la salud de ciertos sectores de la población relacionados con la niñez, como embarazadas y primera lactancia.

La educación en el contexto pandémico fue y es aún crítico. Las carencias en materiales y acceso tecnológico han profundizado una relación ya muy desigual tanto entre Estados como dentro de estos. Por otro lado, la indefensión de los NNA, sobre todo niñas, ha provocado un alto nivel de violencia intrafamiliar y riesgos de abusos sexuales, además de una exacerbación de roles de género en una sociedad cuya base es aún muy machista.

Por otro lado, la falta de información en la actualidad respecto a la migración infantil dentro de la crisis sanitaria muestra nuevamente una insatisfacción respecto al

²⁴⁹ En el ámbito sanitario evidentemente.

sistema, el cual no se está haciendo cargo de grupos vulnerables como este, que ya conviven con una vulneración basal, para posteriormente verse invisibilizados en un sistema y sociedad que poca toma en cuenta sus necesidades especiales.

Por último, es fundamental destacar la trascendencia que implica la búsqueda y el encuentro de soluciones colectivas, a nivel interregional y local por parte de los Estados para para garantizar una adecuada protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que migran, no solo porque sea inherente a su calidad de sujetos de derechos, sino también porque constituyen los futuros adultos que construirán nuestra sociedad, una sociedad que debe empezar a sembrarse hoy si queremos obtener frutos de respeto, tolerancia y dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Aguilera Segura, Eduardo (2019). Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes en Programas de Reparación de Maltrato Grave del Servicio Nacional de Menores: aciertos, nudos y brechas para la atención en la Región de Tarapacá. *Revista Señales*, 21, pp. 20-33.

Arce Jiménez, Carlos. (2018). Migraciones, derechos humanos y vulnerabilidad. *Revista De Fomento Social*, (289), 115-140. Recuperado en <https://doi.org/10.32418/rfs.2018.289.1437>

Bassa, J. (2007). Reserva legal y protección de los Derechos Fundamentales de los Migrantes. *Revista del Magister y doctorado en Derecho*, (1).

Bordalí Salamanca, Andrés. (2011). El recurso de protección chileno al banquillo. *Revista IUS*, 5(27), 56-71.

C.I.D.H. (s. f.). Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Alegatos finales. Recuperado 5 de noviembre de 2020, de <https://corteidh.or.cr/docs/casos/pacheco-tineo/alefrep.pdf>

Camós, Ignacio y Rojo, Eduardo (2004) “La Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias”. *Revista Migraciones*, (16), 7-40. Universidad de Girona.

Cepeda Valdés, Sebastián (2019). ¿Es posible la protección de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? *Revista Señales*, 21.

Cepeda, Sebastián. (2019) ¿Es posible la protección de los Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? *Revista Señales*, 21, pp. 4-18.

Cillero, M., Lathrop, F., & Berrios Díaz, G. (2018). Situación actual de los derechos de las niñas, niñas y adolescentes en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, (14), 15-31. doi:10.5354/0718-2279.2018.51511

Comité de los Derechos del Niño. (2015). Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, octubre de 2015 - Documento CRC/C/ CHL/CO/4-5.

Comité de los Derechos del Niño. (2018, junio). Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (N.º 1).

Consejo Nacional de la Infancia. (2016) «Niñas, niños y adolescentes migrantes.» Propuestas Mesa Técnica, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Consejo Nacional de la Infancia.

Consejo Nacional de la Infancia. (2017). Estudio de Casos de Consejos Consultivos de Niñas, Niños y Adolescentes en Tres Comunas de la Región Metropolitana. Santiago, Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018) «Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños, Niñas y Adolescentes.»

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020) «Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Personas en situación de migración o refugio.» corte Interamericana de Derechos Humanos.

Crisis migratoria en Venezuela. (4 de abril de 2019). Prensa UNICEF. Recogido en <https://www.unicef.org/lac/comunicados-prensa/crisis-migratoria-en-venezuela-1.1-millones-de-ninos-y-ninas-de-toda-la-region>

de Lucas, Javier. (2002). La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración. Isegoría, (26), 59–84. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2002.i26.571>

Defensoría Regional de Antofagasta. «Síntesis jurisprudencia migrantes.» Síntesis Jurisprudencia, Unidad de estudios Defensoría Regional de Antofagasta, Unidad de estudios Defensoría Regional de Antofagasta, 2016.

Díaz Tolosa, Regina Ingrid. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios constitucionales*, 14(1), 179-220. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100006>

Díaz, R. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, p.179-220. Disponible en

Espinoza Correa, Camila. (2020) La puesta en marcha de la Defensoría de la Niñez en Chile y su aproximación al ombudsman (Tesis de pregrado). Universidad del Desarrollo.

Estupiñán-Silva, Rosmerlin. (2013) «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología.» Universidad París I.

Fernández MA, Roo JB, Dávila R, Montalvo J, Da Costa MC, De Angulo A, et al. La salud de los migrantes y los servicios de salud en Medicina Familiar en Iberoamérica. *Rev. Bras Med Fam Comunidade*. 2018;13(Suppl 1):84-112. [http://dx.doi.org/10.5712/rbmfc13\(40\)1858](http://dx.doi.org/10.5712/rbmfc13(40)1858).

Fernández, María Paz. (2018) «Mapa del estudiantado extranjero en el sistema escolar chileno.» Centro de estudios MINEDUC, MINEDUC.

Fitzpatrick, M., C. Benson y S. Bondurant (2020), Beyond reading, writing and arithmetic: the role of teachers and schools in reporting child maltreatment, NBER Working paper Series, N° 27033.

Fuenzalida, Daniela Cecilia. (2017) «Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile: Derecho y Justicia.» Tesis Universidad de Chile. Santiago.

Galdámez, Liliana (2013). Comentario Jurisprudencial sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del DL N° 10.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N° 2257-12-INA. *Estudios constitucionales*, vol. 11, no 2, p. 769-784.

Galdámez, Liliana y Lages, Rita. (2016) «Migración y derechos humanos en Chile.» Temático, Centro de Derechos Humanos, Facultad de derecho Universidad de Chile, Santiago.

Guedes, A., A. Peterman y D. Deligiorgis (2020), Five Ways governments are responding to violence against women and children during COVID-19, UNICEF (s/p). Connect [en línea] <https://blogs.unicef.org/evidence-for-action/five-ways-governments-are-responding-to-violence-against-women-and-children-during-covid-19/>.

Guterres, António (3 de junio de 2019). Documento de políticas del Secretario General sobre la COVID-19 y las personas en movimiento. Secretario General de la ONU. New York, EE.UU.

Guzmán, Juan Andrés y Sepúlveda, Nicolás. (2019). El brutal informe de la PDI sobre abusos en el Sename que permaneció oculto desde diciembre. CIPER.

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script:sci_arttext&pid:S0718-00122017000200415#fn9

Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe, Liebel, M., & Martínez, M. (2009, mayo). Infancia y Derechos Humanos hacia una ciudadanía participante y protagónica (1º). IFEJANT.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). Informe sobre Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) y las Indicaciones presentadas.

Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración. (2020) «Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2019.» Departamento de Extranjería y Migración, Instituto Nacional de Estadísticas, 2020.

Kofi A. Annan. (abril de 2020). 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Salvador, Brasil. Secretario General de las Naciones Unidas. Recogido en <https://www.un.org/es/conf/conv2000/>

Lages de Oliveira, Rita (2019). Migración internacional y derecho: una reflexión en clave de derechos humanos. *Revista Anales*, 16, pp. 26-45.

Lages, R. (2012). La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público. *Tribuna Internacional*, 1(2), pp. 107-128. <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/25650/26984>

Fabiola y Espejo, Nicolás. (2015) «Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile.» UNICEF.

Lepoutre, Stephanie y Riva, Ariel (1998). *Nacionalidad y Apatridia: rol del ACNUR*. Buenos Aires. ACNUR.

Ligueño Espinoza, Sebastián, Palacios Díaz, Diego, & Sandoval Díaz, José Sebastián. (2018). Discursos de la vulnerabilidad bajo el gerenciamiento educativo: Análisis Ley de subvención escolar preferencial chilena. *Revista de Investigación Psicológica*, (19), 207-222.

Maldonado, C., Martínez, J. y Martínez, R. (2018). “Protección social y migración”. Santiago, Chile. CEPAL. Recuperado en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613_es.pdf

Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2008). *Mesa intersectorial sobre Trata de Personas. Documentos oficiales*. Disponible en <http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/documentos-oficiales/>.

Morales, Natalia Victoria (2019). «Derechos de los migrantes y sus familias en la jurisprudencia chilena, ¿Se utiliza el derecho internacional de los derechos humanos para ampliar su ámbito de protección?» Santiago.

Navarrete Yáñez, Bernardo. (2017). Percepciones sobre inmigración en Chile: Lecciones para una política migratoria. *Migraciones internacionales*, 9(1), 179-209.

Navarrete, Bernardo. (2017). «Percepciones sobre inmigración en Chile: Lecciones para una política migratoria.» Universidad de Santiago de Chile, Santiago.

Nogueira, Humberto. (2017). La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte

de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes. *Ius et Praxis* [online]. 2017, vol.23, n.2 [cited 2020-12-27], pp.415-462.

Olea, Helena. (2015) «Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).» *Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), pp. 249-272. Universidad Diego Portales.

Ortega, Elisa. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM*, 142, p. 185-221.

Petit, Juan Miguel. (2003) «Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impactos sobre los niños, sus familias y sus derechos.» División de Población, Centro Latinoamericano y caribeño de demografía (CELADE), Santiago.

PNUD (2014). *Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Informe sobre Desarrollo Humano*. Naciones Unidas.

Ravetllat Ballesté, Isaac. (2017). El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior. *Estudios constitucionales*, 15(1), p 255-306. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100009>

Saavedra, David. (2017) «Debido proceso en el Decreto: Ley que establece normas sobre Extranjeros en Chile.» *Revista de Estudios Ius Novum* 10, N° 1, 135-185.

Sandoval Ducoing, Rodrigo. (2017) «Una política migratoria para un Chile cohesionado.» *En La migración Internacional*, de Rodrigo Sandoval Ducoing.

Sassen, Saskia. (2015) *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*. Madrid: Katz.

SENAME (agosto de 2020). *Protocolo de actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus Covid-19 en Centros de cuidado alternativo residencial y FAE de administración directa*.

SENAME. (2013) «Niños, niñas y adolescentes migrantes.» Proyectos de diagnósticos, Departamento de protección de derechos, SENAME, Santiago.

Sename. Convenios Intersector. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/convenios-intersector/>

Sepúlveda, María Gloria. (2019) «Política y procedimientos de SENAME para la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes extranjeros.» Señales, 21, 36-53.

Stefoni, Carolina (2011). Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado/CLACSO, (1), pp. 79-109.

Tribunal Constitucional. “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional. Recogido en: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--539--5210/>.

Triguero, Luis Ángel. (2012). Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes (Tesis doctoral). Universidad de Granada.

UNICEF (2020). El impacto del COVID-19 en la salud mental de adolescentes y jóvenes. Sondeo realizado a través de U-Report. UNICEF América Latina y el Caribe. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/el-impacto-del-covid-19-en-la-salud-mental-de-adolescentes-y-j%C3%B3venes>

UNICEF. (2017). Niños y niñas migrantes y refugiados. Resumen Ejecutivo. New York, EE.UU. UNICEF. (2018). Informe anual 2018. New York, EE.UU.

UNICEF. (2019). Inclusión de niños y niñas migrantes y sus familias en el sistema de educación parvularia. Resumen ejecutivo, Subsecretaría de Educación Parvularia, UNICEF.

UNICEF. (2020, marzo). Guía provisional para la prevención y el control de la COVID-19 en las escuelas. UNICEF. <https://www.unicef.org/es/informes/mensajes-y-acciones-clave-para-prevencion-y-control-covid-19-en-escuelas>

Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas (2013). Informe de Jurisprudencia Defensa de Migrantes. Jurisprudencial, Departamento de Estudios y Proyectos, Defensoría Penal Pública, 2013.

Universidad del Desarrollo (mayo 2020). Encuesta sobre Covid-19 a poblaciones migrantes internacionales en Chile. Santiago, Chile.

UNICEF. (2021) Acción Humanitaria para la Infancia 2021, p. 3.

UNICEF (2021) registra el mayor número de niños y niñas migrantes que cruzan la selva del Darién hacia EEUU. *UNICEF*.

INFORMES

ACNUR (2019). Situación en Venezuela. Naciones Unidas. Recogido en <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

Cepal. (2020). Informe Especial Covid-19 N°5. Enfrentar los efectos cada vez mayores del Covid-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bistream/handle/11362/45782/S2000471_es.pdf

CEPAL (2020, noviembre). Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19. Informe Covid-19.

Chaverini, V.; Gómez, C.; Guzmán, L; Martínez, F.; Rivera, I.; Silva, J. (octubre 2020). Mesa sobre migración y GRD¹ “Problemáticas identificadas durante la pandemia COVID-19”. Informe Ejecutivo. ONEMI. Santiago, Chile.

Comité de los Derechos del Niño. (2018). Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. (N.º 1).

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2011). Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares - Chile. (N.º1)

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2021). Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares - Chile.

Comité de protección de los Derechos de todos los trabajadores y de sus familiares y comité de los derechos del niño. «Observación general conjunta N.º 24.» Observaciones, Naciones Unidas, 2017.

Defensoría de la Niñez. (2020). Estudio efecto crisis social en niños, niñas y adolescentes. Presentación de resultados. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/Presentacio%CC%81n-de-resultados-Estudio-Efectos-de-la-crisis-social-en-NNA.pdf>

Defensoría de la Niñez (febrero, 2021). “Declaración Pública sobre proyecto de ley de Migración y Extranjería y pronunciamiento de Tribunal Constitucional”. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/noticias/declaracion-publica-sobre-proyecto-de-ley-de-migracion-y-extranjeria-y-pronunciamiento-de-tribunal-constitucional/>

Defensoría de la Niñez (2020). Informe anual 2020. Santiago, Chile.

Defensoría de la Niñez (2021). Informe anual 2021. Santiago, Chile.

Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2017). Encuesta Casen 2017. Observatorio Social.

Ministerio de Educación (2018). Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022. División Jurídica MINEDUC.

Ministerio de Salud (2018). Informe de Gestión SENAME de la Subsecretaría de Redes Asistenciales Años 2016 - 2018. Subsecretaría de Redes Asistenciales, MINSAL.

Ministerio de Salud, FONASA y Superintendencia de Salud (2018). Política de salud de migrantes internacionales. Equipo Asesor Sectorial de Salud de Migrantes.

OECD (2019). Strength through diversity: Country spotlight report for Chile. OECD Education Working Papers No. 210.

PNUD (2014). Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Informe sobre Desarrollo Humano. Naciones Unidas.

PRENSA

Con diversos talleres abordan el cuidado de la salud de niños y niñas en residencias del Sename. (05 de noviembre de 2020). Prensa SENAME. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/11/05/con-diversos-talleres-abordan-el-cuidado-de-la-salud-de-ninos-y-ninas-en-residencias/>

Confirman dos casos de coronavirus entre migrantes venezolanos que dormían afuera de su embajada en Chile. (25 de mayo de 2020). La Tercera. Disponible en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/confirman-dos-primeros-casos-de-coronavirus-entre-migrantes-venezolanos-que-dormian-afuera-de-su-embajada-en-chile/DKG7MMZGKVDXDLXJETYZEGRENI/>

Fundación Fútbol + y Unicef favorecen rutinas saludables de niños y adolescentes en la red Sename. (6 de junio de 2020). Prensa SENAME. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/06/05/fundacion-futbol-mas-y-unicef-favorecen-rutinas-saludables-de-ninos-y-adolescentes-en-la-red-sename/>

Inmigrantes aportan más de 680 mil millones de pesos al PIB de Chile. (27 de septiembre de 2019). Cooperativa. Recogido en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/poblacion/inmigrantes/inmigrantes-aportan-mas-de-680-mil-millones-de-pesos-al-pib-de-chile/2019-09-27/071749.html>, el 10 de noviembre de 2020.

Cruz Roja entrega más de 1300 mascarillas para residencias y centros de la red Sename. (5 de junio de 2020). Prensa SENAME. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/06/05/cruz-roja-entrega-mas-de-mil-300-mascarillas-para-residencias-y-centros-de-la-red-sename/>

COVID: alerta por muerte de niños en América Latina (21 de mayo de 2021). DW. Disponible en <https://www.dw.com/es/covid-alerta-por-muerte-de-ni%C3%B1os-en-am%C3%A9rica-latina/a-57626898>

Minsal aclara universalidad de la vacuna ante denuncias de discriminación a migrantes (31 de mayo de 2021). *Diario UChile*. Recogido en <https://radio.uchile.cl/2021/05/31/minsal-aclara-universalidad-de-la-vacuna-ante-denuncias-de-discriminacion-a-migrantes/>

MINSAL realiza “conversatorio con Adolescentes y Jóvenes: paso a paso nos cuidamos en contexto de desconfinamiento. (27 de agosto de 2020). Prensa MINSAL. Disponible en <https://diprece.minsal.cl/minsal-realiza-conversatorio-con-adolescentes-y-jovenes-paso-a-paso-nos-cuidamos-en-contexto-de-desconfinamiento/>.

Presentan recurso de amparo por expulsión de jóvenes peruanos. (13 de abril de 2017). *Diario UChile*. Recogido en <https://radio.uchile.cl/2017/04/13/presentan-recurso-de-amparo-por-expulsion-de-jovenes-peruanos/>.

Residencias de la red Sename reciben aportes de Unicef en la Región de Coquimbo. (26 de junio de 2020). Prensa SENAME. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/06/11/residencias-de-la-red-sename-reciben-aportes-de-unicef-en-la-region-de-coquimbo/>

Sename Atacama recibió insumos de protección sanitaria desde Unicef. (23 de junio de 2020). Prensa SENAME. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/06/23/sename-atacama-recibio-insumos-de-proteccion-sanitaria-desde-unicef/>

Universidad de la Serena y Sename realizan talleres para abordar las emociones de los niños durante la pandemia. (16 de octubre de 2020). Prensa SENAME. Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/10/16/universidad-de-la-serena-y-sename-realizan-talleres-para-abordar-las-emociones-de-los-ninos-durante-la-pandemia/>

Unicef donó insumos sanitarios para la red Sename en Aysén. (26 de junio de 2020). SENAME Disponible en <https://www.sename.cl/web/index.php/2020/06/26/unicef-dono-insumos-sanitarios-para-la-red-sename-en-aysen/>

JURISPRUDENCIA

NACIONAL:

Corte de Apelaciones de Antofagasta. “Ossa con Ministerio del Interior.” Sentencia del 25 de abril de 2019. Rol N° 55-2019.

Corte de Apelaciones de Santiago. “Bonhomme Roubly Joseph con Ministerio de Relaciones Exteriores”. Sentencia del 4 de febrero de 2019. Rol 76-2019.

Corte Suprema. “Caso Ricardo Troncoso Muñoz y otros.”. Sentencia de 6 de abril de 2007, Rol N.º 4183.

Tribunal Constitucional. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por expulsión injustificada de ciudadana haitiana”. Sentencia de 10 de septiembre de 2013. Rol 2257-12 INA.

Tribunal Constitucional. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por expulsión injustificada de ciudadano haitiano”. Sentencia de 4 de julio de 2013. Rol 2273-12 INA.

Tribunal Constitucional. “Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N° 8.970-06”. Sentencia de 29 de enero de 2021. Rol 9930-2020.

INTERNACIONAL:

TEDH. “Caso Beldjoudi vs Francia”. Sentencia de 26 de marzo de 1992.

TEDH. “Caso Bouchelkia vs Francia”. Sentencia de 1 de enero de 1997.

TEDH. “Caso Boughanemi vs Francia”. Sentencia de 24 de abril de 1996.

TEDH. “Caso Čonka vs Bélgica”. Sentencia de 5 de febrero de 2002.

TEDH. “Caso Cruz Varas vs Suecia”. Sentencia de 20 de marzo de 1991.

TEDH. “Caso Moustaquim vs Bélgica”. Sentencia de 18 de febrero de 1991.

TEDH. “Caso Nasri vs Francia”. Sentencia de 13 de julio de 1995.

Corte IDH. “Caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana”. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH. “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencias y competencia de caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana y Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Resolución de 12 de marzo de 2019.

Corte IDH. “Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia”. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia”. Resolución de 17 de abril de 2015.

Corte IDH. “Caso Forneron e hija vs Argentina”. Sentencia de 27 de abril de 2012

Corte IDH. “Caso Gelman vs Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”. Sentencia de 19 de agosto de 2014.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”. Sentencia de 30 de mayo de 2018.

Resolución N°1/2020 (2020) “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020.

NORMATIVA

NACIONAL:

Ley N.º 20.370, 2009 Bases Generales de Educación

Ley N.º 20.845, 2015 Inclusión Escolar que regula la Admisión de las y los Estudiantes

Incorporación Chile Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2003

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989 ratificada por Chile en 1990.

Ley N.º 18.496, Regulación de el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y creación de el régimen de prestaciones de salud

Código Sanitario, contenido en el DFL N°725.

Ley N.º 18.496, Ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y creación de el régimen de prestaciones de salud

Ley N.º 18.933, modificada por Ley 19.381 y Ley 20.015 en mayo de 2005, Creación de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por las ISAPRES

Ley N.º 19.966, Régimen general de garantías en prestaciones de salud, su acceso universal y sin discriminación

Decreto Ley N.º 3.500 de 1980 y Decreto Ley 3501, Regulación de la cotización obligatoria.

Ley N.º 18.933, modificada por Ley N.º 19.381 y Ley N°20.015 en mayo de 2005, Creación de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y dictación de normas para el otorgamiento de prestaciones por las ISAPRES.

Decreto Ley N.º 3.500 de 1980

Decreto Ley 3501, Regulación de la cotización obligatoria

Decreto Supremo N°110 del Ministerio de Salud

Decreto Supremo N°67 del Ministerio de Salud

Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Salud

Ley 21.067, que crea la Defensoría de la Niñez

Ley 20.084

Decreto Ley 1094

Proyecto de Ley que crea un Servicio de Protección a la Niñez y modifica otras normas legales (Boletín 12.027), y aquel que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica (Boletín 11174-07)

INTERNACIONAL:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 1948

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 1978

Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH), 1948

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1969

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989

El Convenio N.º 182 de OIT, 1999, Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños/as y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, incorporado a nuestro régimen jurídico, 2004, ratificado por Chile el año 2005.

Los Principios de París, 1993, la Observación General Ni 2 del Comité de los Derechos del Niño (2002) y la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013).

Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo CEPAL, 2013

Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes Naciones Unidas, 2016

Convenio relativo a los trabajadores migrantes (N.º 97)

Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (N.º 143)

Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (2008). Foro de Alto Nivel sobre Asuntos Migratorios, sesión celebrada el 17 de abril de 2008. Comisión especial de asuntos migratorios

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951 y su Protocolo de Nueva York, 1967

Resolución N°1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020

CIRCULARES Y RESOLUCIONES:

Huerta Reyes, Solange (2018) - Directora SENAME. Circular N°4 - Informa política y procedimiento sobre la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el exterior o deban ser reunificados con familiares en el extranjero, y deja sin efecto circular N°10 de 2010, de la Dirección Nacional SENAME, p.1

Oficio Circular N°1179 del Departamento de Extranjería e Inmigración, Instruye a la autoridad migratoria a recibir las solicitudes de visa de residencia temporaria a quienes se encuentren embarazadas

Oficio Circular N°6232 del Departamento de Extranjería e Inmigración, precisa el sentido y alcance de la circular N°1179 ampliando el beneficio a aquellos que, habiendo

tenido permiso de residencia en el país, se encuentre vencido, debiendo acreditar su condición de irregularidad

Resolución Exenta N°3972 Aprueba Convenio de Colaboración Técnica entre Ministerio de Interior y Seguridad Pública y el Fondo Nacional de Salud, Caso de personas migrantes en calidad de refugiados

Resolución exenta N°1914 Aprueba el Convenio de colaboración entre Ministerio de Salud y Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Oficio Ordinario N°3229 del Ministerio de Salud, a propósito del Convenio anterior, Instruye a que las personas extranjeras que se encuentran en Chile en condición migratoria irregular, tienen derecho a atención médica de urgencia.

Oficio Circular A 15 N°06 del Ministerio de Salud, Atención de salud de personas inmigrantes

Circular A 15 N°4 imparte instrucciones para implementación del Decreto Supremo N.º 67, Vías de acceso al Sistema Público de Salud de las personas migrantes internacionales.

Resolución exenta 4 E N°1439 del Fondo Nacional de Salud, Procedimiento de acreditación para inmigrantes sin documentos o permisos de residencia

Circular N°10 SENAME (2010)

Resolución Ex.225/B (2007).