



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR
AVANCES Y DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Memoria de Prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

CONSTANZA BELÉN VILLENA CIFUENTES

JAVIER IGNACIO ZAMORANO CID

PROFESORA GUÍA:

DRA. ANA MARÍA MOURE PINO

Santiago, Chile

2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	10
EL FENÓMENO DE LA MIGRACIÓN	10
Migración en la actualidad	13
Datos respecto de los flujos migratorios	14
Concepto y causas de la migración irregular	16
Migración forzada.....	18
Migrantes apátridas y su regulación.....	20
Migración de niños, niñas y adolescentes.....	21
Migración de NNA acompañados y no acompañados	24
Protección de la Infancia y en específico de NNA migrantes.....	25
CAPÍTULO II.....	26
CUERPOS NORMATIVOS DE APLICACIÓN INTERNACIONAL.....	26
La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	26
La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	29
El Comité de los Derechos del Niño	32
Convención Internacional de la protección de los trabajadores migrantes y su familia.....	36
Alcance del Convenio 138 OIT	39
Alcance del Convenio 182 OIT	40
CUERPOS NORMATIVOS DE APLICACIÓN INTERNACIONAL REGIONAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	41
SISTEMA INTERAMERICANO: Convención Americana de Derechos Humanos .	41

SISTEMA AFRICANO: Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. .	48
CAPÍTULO III	51
SISTEMA EUROPEO	51
La protección de los DD. HH en el continente europeo	51
Breve reseña de la evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos.....	51
Normativa de protección a la infancia en el sistema europeo: un análisis histórico.	59
Normativa del Consejo de Europa	60
Convenio Europeo para la Protección de los DD.HH. y Libertades Fundamentales.	60
Carta Social Europea.....	63
Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.	65
Instituciones del Consejo de Europa en relación a la protección de los derechos de los migrantes.	66
Normativa de la Unión Europea	69
Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.....	69
Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño.	70
Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia. ..	71
La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	72
Plan de acción sobre los menores no acompañados 2010-2014 de la Comisión Europea	74
COM (2011)60 de la Comisión europea: Una agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño	76
Agenda Europea de la Migración.....	77
Comisión Europea: Comunicación del 2017 hacia una “protección de los menores migrantes”	81

Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño del año 2021	84
Instituciones de la Unión Europea en relación a la protección de los derechos fundamentales.	90
CAPÍTULO IV.....	97
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA EUROPEO.....	97
Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	97
Baumbast and R contra Secretary of State for the Home Department - Caso C- 413/99. Sentencia del Tribunal de 17 septiembre de 2002. (TJUE, 2002).....	98
Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea, Caso C-540/03. Sentencia del tribunal de 27 Junio de 2006. (TJUE, 2006).....	101
Dynamic Medien Vertriebs GmbH contra Avides Media AG, Caso C-244/06, Sentencia del Tribunal de 14 de febrero de 2008 (TJUE, 2008).....	102
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	103
Ponomaryovi contra Bulgaria, nº 5335/05, sentencia de 21 de junio de 2011 ..	103
Rahimi contra Grecia, nº 8687/08, sentencia del 5 de abril de 2011	105
MH y Otros contra Croacia, N° 15670/18 y 43115/18 del 18 de noviembre de 2021.....	110
Popov contra Francia N.º 39472/07 del 19 de enero de 2012	112
CAPÍTULO V.....	115
CHILE Y SU DESARROLLO NORMATIVO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA MIGRANTE.	115
La migración en Chile	115
Instrumentos y Tratados Internacionales vinculantes para Chile	118
Legislación interna en materia migratoria y de infancia	126
Marco institucional de protección a NNA migrantes.....	130
CAPÍTULO VI.....	136

AGENDA 2030 DE NACIONES UNIDAS Y LA MIGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	136
¿Qué es la Agenda 2030?	136
La Agenda 2030 y la infancia.....	137
Relación de los ODS y la migración, en particular de NNA.....	139
CONCLUSIÓN	143
BIBLIOGRAFÍA	148

ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

ART.: Artículo.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CADHP: Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

COM: Comunicación.

CPR: Constitución Política de la República de Chile.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CTM: Convención Internacional de la protección de trabajadores migrantes y su familia.

DAES: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas.

DD.HH.: Derechos Humanos.

FRA: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

FRONTEX: Agencia europea de la guardia de fronteras y costas

INC: Inciso.

INE: Instituto Nacional de Estadísticas.

NNA: Niños, niñas y adolescentes.

OC: Opinión Consultiva.

ODS: Objetivos para el Desarrollo Sostenible

OIM: Organización Internacional para las Migraciones.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

OSCE: Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.

RAE: Real Academia Española.

SENAME: Servicio Nacional de Menores.

SNM: Servicio Nacional de Migraciones.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TUE: Tratado sobre la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

UNICEF: Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia.

INTRODUCCIÓN

Las personas, desde la antigüedad, se han desplazado por los territorios en busca de nuevas oportunidades, trabajo, escapando de diversos conflictos u otras razones. Este fenómeno se conoce como migración.

Actualmente la migración es un tema que importa a nivel mundial y que afecta a todos los Estados. Esta se ha convertido en un elemento crucial de la integración global, ya que el número de personas que residen en un país diferente al que nacieron cada día es mayor

En el año 2020 el número de migrantes internacionales, de acuerdo con los datos recogidos en el Portal de Datos mundiales sobre la Migración, llegó a los 280 millones (Portal de Datos sobre Migración, 2020). De estos, la gran mayoría se encuentra en una situación de migración regular y legal, pero existe un número menor pero no menos importante de personas con un estatus de migración irregular, sumado a los incalculables casos de los cuales no existen cifras exactas dado que se trata de personas que en muchos casos traspasan fronteras por pasos clandestinos e intentan mantenerse en el anonimato. La irregularidad de los migrantes hace referencia a su situación migratoria en un momento determinado, por lo que es mutable y no determina a la persona en sí misma.

Lamentablemente, los migrantes en situación irregular, suelen vivir y trabajar clandestinamente, con miedo constante a ser detenidos o deportados, se ven privados de derechos y libertades y son mucho más vulnerables que el resto de la población a la discriminación, explotación y marginación.

El riesgo al cual se enfrentan los migrantes en situación irregular se exagera cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes (NNA), quienes están en una situación aún más vulnerable de desprotección y muchas veces, sin acceso a los derechos básicos que se les garantizan como lo son la salud, vivienda y educación.

A medida que han avanzado los años, y por tanto aumentado el índice de migraciones, los países han intentado frenar el ingreso de migrantes a sus territorios

robusteciendo las políticas migratorias. Sin embargo, con la finalidad de lograr el cumplimiento a toda costa de estas llamadas “políticas de tolerancia cero”, los Estados han olvidado considerar el respeto irrestricto a los Derechos Humanos, que, con relación a los niños, niñas y adolescentes, contempla el principio de interés superior del niño que exige la consideración especial a su protección y garantía de su desarrollo.

Lo anterior provoca un conflicto de ponderación de derechos, entre la seguridad del Estado versus la protección de los niños y niñas. Prevalciendo en general la primera, lo cual conlleva a que los NNA sean tratados como adultos, sin entregar el debido resguardo y garantía a sus derechos.

La imposibilidad de acceder a estos derechos se traduce en un desarrollo físico y psicológico precario de los niños, niñas y adolescentes, generando enormes brechas de vulnerabilidad incrementadas para aquellos que se encuentren en situación irregular de migración.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos si ¿Existe un sistema de protección eficiente que resguarde los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación irregular migración?

En esta investigación, nos enfocaremos en los procesos migratorios que viven los NNA, profundizando en aquellos que se encuentran en un estatus migratorio irregular, la vulnerabilidad a la cual se ven enfrentados, las vulneraciones y la desprotección de sus derechos. Para esto, evaluaremos los sistemas de protección existentes en el Sistema internacional, reconociendo los Tratados Internacionales los resguardan; Luego nos adentraremos en el vasto desarrollo de la materia en el continente europeo y luego ahondaremos en el reciente y moderno desarrollo que se ha vivido en Chile en temas de infancia y migración; destacando lo positivo de su regulación, sin dejar de hacer hincapié en los sectores en donde los sistemas son ineficientes.

Finalmente, realizaremos una pequeña observación a la Agenda 2030 de Naciones Unidas, analizando de qué forma y en que medida, dentro de sus Objetivos para el Desarrollo Sostenible, contempla a la infancia migrante.

CAPÍTULO I

EL FENÓMENO DE LA MIGRACIÓN

¿Qué se entiende por migración?

Etimológicamente la palabra migrar proviene del latín *migrare* que significa “cambiar de residencia, moverse”.

La migración es definida por la RAE, en la acepción que a esta tesis importa, como el “Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales” (Real Academia Española, 2021).

Estos individuos o grupos mencionados anteriormente son identificados como migrantes, a quienes a su vez la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define como:

“cualquier persona que se desplaza, o se ha desplazado, a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: 1) su situación jurídica; 2) el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3) las causas del desplazamiento; o 4) la duración de su estancia” Glosario de la OIM sobre Migración, 2019).

La migración puede ser interna o internacional. La primera de estas se refiere al movimiento de personas dentro de un país que conlleva el establecimiento de una nueva residencia temporal o permanente. Mientras que la segunda es el movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual y a través de una frontera internacional hacia un país del que no son nacionales.

Es así como para efectos estadísticos el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (DAES) define “migrante internacional” como “Toda persona que cambia de país de residencia habitual” (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 1999).

La doctrina también ha querido pronunciarse en cuanto a definiciones conceptuales del término “migración internacional”:

En primer lugar, podemos mencionar a Lois Varlez, quien en un artículo sobre migraciones internacionales definió “*emigrante o inmigrante, es toda persona que abandona su país para establecerse en el extranjero, bien que sea de una manera permanente o bien de forma duradera con el objeto de satisfacer las necesidades que juzga esenciales*” (Varlez, 1927, como se citó en Abu-Warda, 2008)

Por su parte Max Derruan aporta con su definición estableciendo que “La emigración es el abandono de un Estado en el que se ha estado viviendo desde el nacimiento o durante mucho tiempo, para dirigirse a otro Estado, con la intención de establecerse en él de forma duradera temporal o definitiva” (Derruan, 1974, como se citó en Abu-Warda, 2008).

Breve historia de la migración

Resulta imposible concebir la historia de la existencia humana sin la migración, y es que esta tiende a verse como un rasgo característico de la especie que ha existido mucho antes de la noción de fronteras. Desde la colonización de los primeros seres humanos por el territorio global hasta nuestros días, la migración es un fenómeno indivisible al ser humano. El desplazamiento de los hombres más allá de las fronteras de sus países es entonces, tan antiguo como la propia historia de la humanidad” (Abu-Warda, 2008).

Históricamente se puede afirmar que desde la época antigua han existido desplazamientos de personas de unas zonas a otras, y se considera que han facilitado el proceso de desarrollo económico mundial desde las civilizaciones prehistóricas hasta la modernidad. Es justo decir que la migración ha contribuido a la evolución de los Estados y sociedades y ha enriquecido a muchas culturas y civilizaciones (Abu-Warda, 2008). Es necesario añadir que en cada época de la historia las migraciones han sido diferentes, tanto en las motivaciones que las causan, en las principales modalidades que revisten, y en sus consecuencias (Arango, 2007).

Podemos encontrar grandes hitos migratorios en nuestro continente, mas, está claro que en la visión eurocéntrica del estudio migratorio la más importante ha de ser la colonización de los territorios americanos de parte de los colonos europeos en el siglo XVI. Esta migración fue constante, hasta que finalmente nacen los Estados americanos, estableciendo así sus propias fronteras dejando atrás el gobierno europeo.

Así, podemos encontrar tres hitos que generaron un impulso para la migración internacional durante la segunda mitad del siglo XVIII. En primer lugar, la formación de los Estados, es decir cuando estos obtuvieron su propia soberanía territorial. Con relación a esto, un hecho histórico fue la declaración de independencia de los estados de Nueva Inglaterra en 1769. En segundo lugar, simultáneamente surgió en Europa un gran proceso de industrialización con el perfeccionamiento de la máquina a vapor, donde muchos europeos se vieron expulsados de sus condiciones de vida y trabajo (principalmente población rural), lo cual sumado a la alta demanda de mano de obra en los Estados Unidos de América, hizo de la migración un fenómeno común. Por último, lo anterior fue impulsado por el perfeccionamiento de un nuevo medio de transporte que surge alrededor del año 1843, este era el buque a vapor, el cual facilitaba la realización de un viaje transatlántico (Pries, 1999).

Esto continuó a lo largo del siglo XIX y primera mitad del XX. Se estima que emigraron 55 millones de europeos con destino a América del Norte. En este mismo periodo existió una emigración masiva desde Asia hacia América y en menor proporción hacia África. Cabe mencionar que, debido a las Guerras Mundiales, en especial con la Segunda Guerra Mundial, hubo un aumento en cuanto a migraciones forzadas, las cuales se manifestaban mediante deportaciones masivas y los traslados por causas políticas. Una vez finalizada la guerra y debido a la destrucción de gran parte de los territorios europeos, comienza un proceso de reconstrucción, lo cual acarreó una transformación importante en materia migratoria, donde la necesidad urgente de mano de obra favoreció los movimientos migratorios de trabajadores hacia el viejo continente, pasando así de ser “exportador de migrantes” a receptor de estos (Abu-Warda, 2008).

Migración en la actualidad

De acuerdo con la cifra entregada por el DAES ONU, durante el año 2020, el número total de migrantes contabilizados hasta mediados del año anterior a la entrega del informe era de 280,6 millones. Si bien es un gran número, queda corto respecto de las expectativas que se podrían tener en consideración a que el número de habitantes en el mundo supera los 7.000 millones. Por lo que hablamos de un porcentaje inferior al 4% de la población mundial (DAES de Naciones Unidas, 2020).

A pesar de ser una cifra inferior a lo esperado, el número actual de migrantes contabilizados en el mundo es el más grande que hemos tenido en la historia. Es así, que, si comparamos la realidad actual con las cifras contabilizadas en el primer Informe sobre las Migraciones en el Mundo del año 2000 de la OIM, en el cual el número de migrantes internacionales ascendía a los 150 millones de personas, estaríamos hablando de un aumento en la proporción de migrantes en la población mundial de más de un 25% durante los últimos 20 años (McAuliffe & Khadria, 2019).

Sin embargo, como lo establece el sociólogo Joaquín Arango, respecto de la migración “lo más influyente no es que tienda a aumentar, sino que se haga cada vez más diversa, sobre todo, aunque no sólo, en términos de orígenes nacionales” lo cual se traduce en el hecho de que cada vez existen más países involucrados en el fenómeno de la migración. Es así como hace más de un siglo era posible contabilizar 5 países (Estados Unidos, Argentina, Brasil, Canadá y Australia) en los cuales desembarcaron la mayoría de los migrantes, en una proporción de 9 de cada 10, además de poder identificar que la gran mayoría de ellos provenían de Europa (en igual proporción que la antes mencionada). En cambio, hoy en día es más factible hablar de cuatro grandes sistemas migratorios internacionales cuando nos referimos a destinos para migrantes, los cuales son: Norteamérica, Europa Occidental, Región del Golfo de Pérsico y la Cúcuta Occidental del Pacífico, y que en su mayoría provienen de Asia, América Latina y África (Arango, 2007).

Datos respecto de los flujos migratorios (McAuliffe & Khadria, 2019)

- India tuvo el número más alto de migrantes residentes en el extranjero (17,5 millones), seguida por México y China (11,8 millones y 10,7 millones, respectivamente)
- Los Estados Unidos de América mantuvieron el primer lugar entre los países de destino con 50,7 millones de migrantes internacionales, seguidos por Alemania y Arabia Saudita.
- El número de trabajadores migrantes disminuyó ligeramente en los países de ingreso alto y aumentó en los demás:
 - Entre 2013 y 2017, los países de ingresos altos experimentaron una ligera caída del número de trabajadores migrantes (de 112,3 millones a 111,2 millones). Los países de ingreso mediano alto registraron al aumento más marcado (de 17,5 millones a 30,5 millones).
 - En 2017, a nivel mundial, los trabajadores migrantes varones superaron a las mujeres en 28 millones. Ese año, la fuerza total de trabajadores migrantes se compuso de 96 millones de hombres (el 58%) y 68 millones de mujeres (42%).

La realidad en cada región del mundo es distinta por lo que cabe hacer una breve referencia al respecto:

1. África: El desplazamiento en materia de migración se da tanto dentro del continente como hacia el exterior. En relación con la primera podemos decir que en el año 2019 había más de 21 millones de personas africanas residiendo en un país del mismo continente diferente del cual habían nacido. Ahora si nos referimos al número de personas africanas residiendo en otros continentes, la suma asciende aproximadamente a 19 millones en 2019 siendo el destino más usual el continente europeo, seguido por el de Asia y la región América del Norte.
2. Asia: Es la región del mundo de donde proceden la mayor cantidad de migrantes internacionales del mundo, 111 millones, alcanzando un porcentaje cercano al

40% de estos. Se contabilizan 66 millones de personas asiáticas migraron a un país distinto dentro de Asia versus 61 millones que lo hicieron hacia otras regiones. Siendo los destinos de migración Europa y América del Norte.

3. Europa: Este territorio alberga más de 82 millones de migrantes internacionales, de los cuales 42 millones aproximadamente habían emigrado desde algún país del mismo continente. El caso de Europa es singular ya que durante el Siglo XX era una de las zonas en la que más se contabilizaban migrantes internacionales hacia otros continentes, ese número ha disminuido. Las principales regiones donde podemos encontrar en mayor cantidad a migrantes provenientes de Europa son: América del Norte, seguido de Asia y en menor medida Oceanía.
4. América Latina y el Caribe: Esta zona se caracteriza por tener una población migrante intrarregional mucho mayor que la interregional, considerando que la primera alcanza cifras superiores a las 32 millones de personas (De los cuales cerca de 26 millones migraron hacia América del Norte, seguido por 5 millones que residen en Europa) mientras que el número de migrantes Latinoamericanos y del Caribe que residen dentro de esta región no alcanza los 8 millones.
5. América del Norte: Lo predominante es la inmigración en esta zona, alcanzando más de 58 millones de migrantes compuesto en su mayoría por personas provenientes de América Latina y el Caribe, seguido de personas asiáticas y luego europeos. Respecto de la migración interregional, la cantidad de personas es muy baja, no pudiendo alcanzar los 1,5 millones
6. Oceanía: En este continente también existe mayor cantidad de inmigrantes que emigrantes internacionales. Los inmigrantes que provienen de otros continentes son alrededor de 7,7 millones de personas compuesto en su mayoría por asiáticos y europeos. Además, debido a que la población total de este continente es muy reducida, Oceanía tiene el número más bajo de migrantes tanto fuera de la región (principalmente en Europa y América del Norte) como dentro de la misma (1 millón aproximadamente en cada una).

Concepto y causas de la migración irregular

La migración irregular es un tema que ha tomado protagonismo en las plataformas de muchos gobiernos y partidos políticos estos últimos años. Y lo cierto es que es un fenómeno difícil de definir y multifacético (Düvell, 2006). Tal como lo dijimos en un principio, la imposibilidad de tener cifras o estadísticas confiables y certeras, por razones de su propia naturaleza, dificulta de sobremanera el estudio de la materia, así como también la creación de políticas públicas objetivas.

Es frecuente que la migración irregular sea usada en discursos políticos y medios de comunicación utilizando otros términos para la misma, tales como “ilegal”, “indocumentada”, “no autorizada”, o “clandestina” (2010)2010). Esto debido a que la percepción pública de la migración irregular ha sido objeto de debate político, por lo que es usual ver esta terminología cargada de juicios de valor negativos. Con todo, la OIM responsablemente define la migración irregular como el “movimiento de personas que se produce al margen de las leyes, las normas o los acuerdos internacionales que rigen la entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino” (Organización Internacional para las Migraciones, 2019).

Por otro lado, para el profesor de Sociología y Políticas Públicas de la Universidad de Sídney, Stephen Castles, no se puede describir la migración irregular sin conocer sus causas, las cuales él sintetiza en cinco categorías: 1) las leyes y regulaciones nacionales¹; 2) las contradicciones que surgen de la globalización

¹ Para el doctor Castles, si viviéramos en un mundo sin fronteras, con libertad absoluta para la movilidad humana, no podría existir la migración irregular. La irregularidad es entonces, una consecuencia de leyes y regulaciones que etiquetan a ciertas formas de movilidad como legal y deseable, y otras como ilegales e indeseables. La protección de las fronteras y el derecho de un Estado para controlar el ingreso a su territorio es con frecuencia visto como un aspecto fundamental y duradero de la soberanía nacional.

neoliberal² ; 3) la agencia individual y colectiva de los migrantes³ ; 4) las actividades de la industria de la migración⁴ ; y 5) la vulnerabilidad de grupos específicos (Castles, 2010)

Respecto de esta última mencionada, que es aquella que motiva este trabajo de investigación, resulta innegable que la probabilidad de convertirse en migrante irregular varía según el origen, la situación social, el capital humano, el género y la edad de los migrantes. Es posible afirmar que aquellos más vulnerables tienen una probabilidad mucho más alta de convertirse en migrantes irregulares. Para Castles, esta vulnerabilidad se acentúa en las mujeres y los niños, niñas y adolescentes provenientes de países pobres o afectados por conflictos violentos y persecución (Castles, 2010).

Como hemos podido observar, la migración irregular es un fenómeno multicausal, que es estudiado desde diversas disciplinas y puntos de vista. En este trabajo nos enfocaremos en la última causa entregada, acerca de la vulnerabilidad de grupos específicos, y más específicamente a los niños, niñas y adolescentes.

² La globalización proporciona la base tecnológica y cultural para la movilidad, esto ya que las comunicaciones electrónicas modernas facilitan la difusión del conocimiento de rutas de migración, así como las oportunidades de trabajo. Esto sumado a la mayor accesibilidad y menores costos asociados a los viajes de larga distancia. Y, en segundo lugar, para el profesor, es el modo neoliberal de la globalización lo que ha agudizado la desigualdad entre el Norte y Sur globales, así como dentro de las regiones y países. Esta inequidad es tanto en el sentido económico, como de seguridad, que tiene expresiones en la pobreza, hambruna, violencia y falta de derechos humanos. Esta reflexión la comparte la doctora en historia económica mexicana Alma Muñoz, agregando también como la globalización ha facilitado “el funcionamiento cada vez más dinámico de las mafias de traficantes de inmigrantes *ilegales*” (Muñoz Jumilla, 2002)

³ Las políticas oficiales o legislaciones migratorias pasan por alto en general este punto, ya que estas se basan usualmente en la idea de que los migrantes tienen solo motivaciones económicas y de seguridad para migrar, dejando de lado las relaciones sociales de estos, tanto familiares como de sus comunidades. La agencia migrante, es un concepto de la sociología utilizado para “analizar la manera en que los migrantes configuran activamente los procesos migratorios para lograr mejores resultados para ellos mismos, sus familias y comunidades”.

⁴⁴ Se conoce como industria de la migración, aquellos agentes que facilitan la migración como un negocio internacional. Esta incluye agentes que facilitan la migración como un negocio internacional. Esta incluye “agentes de migración, oficinas de viajes, banqueros, abogados, reclutadores de fuerza de trabajo, intérpretes y agentes de vivienda”. Lo cierto es que muchos agentes realizan este servicio legítimamente, pero existen otros que engañan, estafan y explotan a los trabajadores. Y esto es problemático ya que no existe una clara división entre estas organizaciones que proveen servicios legítimos de reclutamiento y de viaje, y las otras que se dedican al tráfico de personas.

A modo de contar con una definición de vulnerabilidad para la mejor comprensión de este proyecto, utilizaremos la del Abogado e Investigador Manuel Yáñez quien establece:

“La vulnerabilidad consiste en la exposición a un riesgo o amenaza respecto de la cual el individuo o colectivo no es capaz de recuperarse sin la intervención de la política pública para lograr la resiliencia y permitir una experiencia de goce efectivo en los derechos, dicha política pública debe siempre partir desde el respeto al sujeto de derechos” (Yáñez Espinoza, 2020).

Migración forzada

La migración forzada hace referencia al movimiento de personas a un lugar diferente a su lugar de origen o residencia habitual. Lo distintivo de esta categoría es que este desplazamiento es involuntario, teniendo como móvil la amenaza de factores externos que obligan a trasladarse como estrategia de supervivencia (Hugo & Kwok Bun, 1990).

La OIM por su parte define a la migración forzada como “un movimiento migratorio que, aunque puede ser impulsado por diferentes factores, involucra el uso de la fuerza, la compulsión o coerción...” (Glosario de la OIM sobre Migración, 2019). Sin embargo, y tal como lo dice la propia OIM, este concepto no tiene el carácter de jurídico por lo cual el término ha sido ampliamente discutido, debido al “reconocimiento general de que lo que existe es un espectro continuo de diferentes grados de agencia u actuación por voluntad propia” (Glosario de la OIM sobre Migración, 2019), descartando así la dicotomía impulsada por cierta parte de la doctrina entre lo voluntario, y lo forzado.

Surge así un conflicto respecto de la definición de migración forzada. Al no contar con un cuerpo legal que entregue directrices respecto de este concepto, se presta para amplias interpretaciones quedando a discreción de la regulación interna de cada Estado su tratamiento.

Una de las interpretaciones que se le da al concepto de migrante forzoso es aquella que lo entiende y encasilla en la definición de refugiado que entrega la Convención de Ginebra de 1951. Se tiende a confundir y utilizar el concepto de migrante y refugiado indistintamente, sin embargo, esto genera un conflicto. Desde el punto de vista de los refugiados, son personas que están fuera de su país por un temor a ser perseguidos, temor a un conflicto, violencia u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público por lo que requieren especial protección. Ellos se encuentran en una situación de alto peligro, tanto así que la negación de asilo podría ser potencialmente mortal. Es así que al ser reconocidos como refugiados pueden optar a ser asistidos por los Estados en los cuales ingresan, por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) u otras organizaciones afines (Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados, 2016).

Por su parte el concepto en específico de migrantes forzosos no es de carácter jurídico, y tampoco existe una definición universalmente aceptada. Este hecho, de no contar con un marco regulatorio internacional, acarrea confusión y desprotección para aquellas personas que se encuentran en esta situación, ya que queda a discreción de cada país el acompañamiento y protección que le otorgarán a las personas migrantes forzosas.

La solución de encasillar e interpretar como refugiados a los migrantes forzosos no soluciona por completo el conflicto ya que la definición, dada por la Convención de Ginebra, no tiene una mirada interseccional e integradora. Sin desmerecer el gran aporte de la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiados, la cual viene a instaurar el principio del derecho internacional de "*non-refoulement*" o no devolución que en palabras sencillas implica que una persona no puede ser devuelta a un país donde su vida o libertad se ven amenazadas, es importante tener a la vista el contexto en el cual fue redactada. En aquellos años aun existía el acuerdo social de entender a los niños como objetos de derecho, lo cual en la práctica conlleva a que en ningún caso sean considerados como una categoría de especial protección. Todo esto ya que el cambio de paradigma llega mucho después con la convención de derechos de los niños (Lages de Oliveira, 2019).

Es así como hasta el día de hoy, a pesar de realizarse diversas interpretaciones a la luz del desarrollo académico y jurisprudencial, aun no se da respuesta a esta problemática, dejando en un grado de mayor vulnerabilidad a niños, niñas y adolescentes.

Migrantes apátridas y su regulación

La situación respecto a las personas en situación de apatridia es de por sí compleja, esta se vuelve aún más complicada al migrar. Definiremos “apátrida” con ayuda de la Convención sobre el Estatuto de la Apatridia de 1954, donde en su artículo primero, establece que un apátrida es “una persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación” Estatuto de la Apatridia, 1954).

Si bien la ACNUR reconoce que la mayoría de los apátridas tienden a permanecer en el país donde nacen, no es atípico que algunos lo dejen, convirtiéndose en migrantes o refugiados. Lo cierto es que, según advierte la misma agencia, ningún Estado les otorga una residencia legal y las autoridades de sus países de origen no los admiten en su retorno (ACNUR, 2014).

Debido a la situación en la que existen los apátridas, logramos entender que son por su particular definición personas altamente vulnerables, sin un Estado que los reconozca como suyos. Esto es sumamente relevante al considerar que tropiezan con obstáculos como el acceso a servicios básicos tales como la educación, la seguridad social o el empleo. Esto es uno de los motivos por lo cual se ha entendido que este grupo es atraído por la migración (McAuliffe & Khadria, 2019)

La migración en los sujetos apátridas es de por sí ya compleja, debido a la gran dificultad de obtener documentos de viaje y acceder a las vías de migración regular. Esto no es ninguna novedad y ha sido sujeto de un sinnúmero de investigaciones y discusiones a nivel tanto académico como político. Sin ir más lejos, la Convención de 1954 previamente señalada, establece un régimen de protección de los derechos de las personas apátridas, requiriendo a los Estados que establezcan procedimientos para así lograr reconocer quienes son apátridas dentro del territorio de este, solicitando

que incluyan a aquellos que se encuentren detenidos y que no puedan ser expulsados por lo mismo. Esto último con el objetivo de permitir a los migrantes apátridas adquirir una residencia legal y segura, permitiéndoles entonces disfrutar de sus derechos humanos fundamentales, y también lograr que acumulen el número de años que solicita cada Estado para su naturalización, terminando así con su situación apátrida.

Los esfuerzos de la Convención no han sido en vano, mas no ha sido suficiente para ser la solución definitiva al problema. Es por esto que el Plan de Acción para acabar con la apatridia (2014-2024) del ACNUR, mantiene y reivindica esta solución, apostando porque más de 70 Estados adopten este sistema de protección para el año 2024 (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2014).

Migración de niños, niñas y adolescentes

Al hablar de migrantes debemos también hacer referencia al rol que juegan los niños dentro de este fenómeno.

Todas las personas al realizar una migración internacional se ven enfrentados a diversos riesgos, desprotección y empobrecimiento. Estos riesgos incrementan al tratarse de migrantes que se encuentren en un estatus irregular. Entre ellos quienes se ven en una posición aún más vulnerable son los niños, niñas y adolescentes (NNA), aun cuando estén acompañados o no, ven imposibilitado su acceso a los derechos básicos que se les garantizan como lo son la salud, la vivienda y la educación (Ortega Velásquez, 2015).

La convención sobre los Derechos de los Niños establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 1989).

En atención a esta definición, nos referimos con el concepto de niños niñas y adolescentes migrantes irregulares a:

“Todas las personas que son menores de 18 años (niñas, niños y adolescentes), que se encuentran fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva, y que tienen una condición migratoria irregular, ya sea que se encuentren acompañados o no por un familiar” Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 1989).

El lenguaje crea y refleja realidades. Por ello, en cuanto a lo que la terminología respecta, la doctora en derecho Elisa Ortega menciona que se deben hacer algunas distinciones para no caer en estereotipos que nos hagan perder de vista la calidad humana de los migrantes y por tanto los derechos humanos de los cuales son titulares (Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 1989).

En el léxico jurídico es muy común llamar a los niños, niñas y adolescentes “menores”, lo cual no es del todo adecuado ya que este término, según la Real Academia Española, es un adjetivo comparativo que se utiliza para señalar que algo es de carácter inferior o de menos importancia que otra cosa. Es necesario, por lo tanto, hablar de niños, niñas y adolescentes en atención que esta es la denominación que utiliza la ONU para identificar a los destinatarios de una protección integral a los cuales va dirigida la Convención sobre los Derechos del Niño. Hacemos notar que, al ser ratificada, sólo se contempló el concepto de niño, sin embargo, posteriormente se estableció que esto contemplaba a niñas y adolescentes (González Contró, 2011).

Además, se hace relevante preferir usar el término “irregulares” y no “ilegales” ya que se encuentra libre de estigmas, es el usado por la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios de 1999 y por las organizaciones internacionales que trabajan temas migratorios. En contrapartida ilegal se encuentra definido por la Real Academia Española como “contrario a la ley”, pero este adjetivo no es atribuible a la persona en sí misma, sino que un determinado acto que realiza la persona que es contrario a lo establecido por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado diversas razones por las cuales niños, niñas y adolescentes se movilizan internacionalmente. Los NNA migran:

“en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

En resumen, se trata de razones que buscan mejorar las condiciones y calidad de vida de los NNA. Sin embargo, cuando hablamos de NNA migrantes irregulares, estos objetivos no siempre son alcanzados ya que existe un límite a sus pretensiones que son las políticas de control de la migración irregular sumado a la ausencia de normativa legal que los ampare.

Las políticas migratorias no cuentan, en muchos casos, con una distinción entre NNA y adultos, teniendo un tratamiento unitario para ambos. Esta situación genera que la vulnerabilidad de los NNA migrantes irregulares se vea agravada por la falta de protección legal y efectiva, exponiéndolos, al no contar con la documentación requerida, a que se les niegue el acceso a servicios básicos incluidos la educación, servicios de salud y dificultando el ejercicio de los demás derechos que les otorga la Convención de Derechos del Niño (UNICEF, 2004).

Es preciso poner atención a que los NNA migrantes en primer lugar, forman parte del grupo universal de “niños”, y, por lo tanto, tal como lo menciona la psicóloga y

colaboradora de la OIM Sonia Lahoz, “todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes son derechos de NNA migrantes. De ello, se desprende que estos últimos disfrutan de la misma protección que los niños, niñas y adolescentes nacionales en el país de destino”. En segundo lugar, NNA migrantes son titulares de iguales Derechos Humanos que los adultos (Lahoz, 2012).

Migración de NNA acompañados y no acompañados

La migración de NNA no acompañados es un fenómeno que desde 1990 ha sido digno de ser estudiado con la seriedad que este requiere (Fernández-Ramos, 2019), ya que se ha empezado a desarrollar casi cotidianamente. Esto es un problema global que se ha podido observar tanto en embarcaciones hacia Europa o atravesando la complicada frontera sur a Estados Unidos, las personas menores de edad cruzando fronteras sin resguardo ni documentación son una realidad (León Bastos, 2021).

Para definir lo que entendemos como niño o niña extranjero no acompañado los estudios tienden a articular este concepto en torno a las directrices de la CDN, atendiendo a su artículo primero en la cual se define “niño”, al cual ya nos referimos previamente. Luego, el Ministerio del Interior de España define a los NNA migrantes no acompañados como aquel “extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre” (Fernández-Ramos, 2019). Esta definición nos alumbra a entender que no todos los NNA migrantes no acompañados son irregulares, al establecer que también lo son aquellos que han entrado “legalmente”. Lo cierto es que la distinción entre la regularidad o irregularidad de estos migrantes pareciera no ser tan relevante, siguiendo el artículo primero de la Convención recién citada, ya que el niño o la niña extranjero no acompañado es y siempre será sujeto de los derechos reconocidos en dicha Convención, y precisará sin excepciones de la protección de los Estados que la ratificaron correctamente (Fernández-Ramos, 2019).

Tal como en la migración “sin apellidos”, la migración de personas menores de edad sin acompañantes se da a partir de guerras, violencia generalizada, y pobreza;

como también migran porque tienen familiares con quien quieren reunirse. (León Bastos, 2021),

Protección de la Infancia y en específico de NNA migrantes

Los NNA se encuentran protegidos por un marco regulatorio internacional bastante amplio. En primer lugar, se hace importante mencionar que se encuentran amparados por todos los tratados que resguardan los Derechos Humanos. En particular podemos mencionar: La Declaración Universal de Derechos Humanos sumado a el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Todos estos se complementan con el pacto más importante y con mayor alcance en materia de NNA a nivel internacional que es la Convención sobre los Derechos del Niño.

A nivel regional también se incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales junto con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

A aquellos que se encuentran en estado de migrantes irregulares, también les son aplicables la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y los Convenios de la OIT sobre Trabajo Infantil.

Es decir, como lo menciona el profesor de Derecho Miguel Cillero, “los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general” (Cillero Bruñol, 1999).

CAPÍTULO II

CUERPOS NORMATIVOS DE APLICACIÓN INTERNACIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos

En 1948 es proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la cual se plasma un ideal común para todas las naciones, estableciendo derechos fundamentales que deben protegerse a nivel mundial. Si bien no contiene normas referentes a niños, niñas y adolescentes, ni mucho menos al específico de migrantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) ha cumplido un rol fundamental como documento inspirador de tantos tratados sobre Derechos Humanos de carácter tanto global como regional.

La DUDH establece obligaciones a los Estados que estos deben hacer respetar respecto de todas las personas bajo cualquier circunstancia, esto significa que los migrantes, tanto NNA como adultos, son titulares de iguales derechos humanos que los nacionales del país en el cual se encuentran en condición de migrantes. Teniendo los estados que respetar, absteniéndose de vulnerar los derechos fundamentales, y proteger a través de medidas positivas de garantía. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2021)

Es importante mencionar que la DUDH consagra principios jurídicos transversales, los cuales son igualmente recogidos por cada uno de los tratados que en la materia de Derechos Humanos se han firmado. Estos son: el principio de Igualdad, el cual se encuentra en su primer artículo, y el principio de no discriminación del artículo 2, en el cual se recalca que no debe existir distinción alguna respecto de los derechos y libertades que tienen todas las personas (Asamblea General de la ONU, 1948).

La Asamblea General ha seguido trabajando en la protección internacional de Derechos Fundamentales. Respecto de migrantes, el 19 de septiembre de 2016, la Asamblea adoptó una serie de compromisos para mejorar la protección de personas migrantes y refugiadas. En esa ocasión, “los 193 Estados Miembros de las Naciones

Unidas adoptaron en forma unánime la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (Resolución 71/1)” (La Agencia de la ONU para los refugiados, 2017).

Dentro de los compromisos que contiene la Declaración de Nueva York para refugiados y migrantes se encuentran, entre otros, (Asamblea General de Naciones Unidas, 2016):

- Proteger los Derechos Humanos de todos los refugiados y migrantes, independiente de su condición.
- Incorporar perspectiva de género promoviendo la igualdad para mujeres y niñas en las políticas migratorias e instituciones de cada Estado.
- Proteger a todos los niños, niñas y adolescentes brindando acceso a salud, educación y desarrollo psicosocial. Se asegura que todos los NNA estén estudiando en un plazo de unos meses desde su llegada.
- Los Estados deben estudiar la posibilidad de establecer principios rectores para regir el trato a migrantes en situaciones de vulnerabilidad, en especial de NNA no acompañados y separados que no se encuentran en la categoría de refugiado, pero de igual forma requieren de asistencia.
- Trabajar para eliminar la penalización y el sometimiento a medidas punitivas por su estatus migratorio o el de sus padres.
- Promover el aseguramiento de derechos humanos de los niños, siendo el principio de interés superior del niño rector de las políticas públicas pertinentes.
- Aprobar un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular.

Dos años más tarde, el 10 de diciembre de 2018, en cumplimiento del compromiso fijado por la Declaración de Nueva York antes mencionada, se firma el primer acuerdo intergubernamental, que contempla todas las dimensiones de la migración internacional de una manera holística y completa. Nos referimos al Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular.

Este nuevo pacto, fija como base un conjunto de principios rectores. Dentro de ellos son particularmente destacables la perspectiva de género y la perspectiva infantil, defendiendo el principio de interés superior del niño en todo momento.

El pacto establece una enumeración de 23 objetivos, que sirven de guía para que los Estados, al momento de establecer políticas de migración, cumplan con sus obligaciones en cuanto a Derechos Humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2018). Dentro de los objetivos, en lo pertinente, encontramos:

- Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen.
- Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada.
- Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular
- Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración.
- Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional
- Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada.
- Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas.
- Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos.

El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular reafirma la preeminencia de los principios de igualdad y no discriminación, al respecto la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha mencionado que la distinción entre migrantes regulares e irregulares no genera que los últimos dejen de ser titulares de sus derechos fundamentales, ya que estos son inherentes e inalienables a todos los humanos sin importar ningún factor de distinción (The UN Human Rights Office of the High Commissioner, 2019).

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) firmada en 1989, es hasta el día de hoy el instrumento con mayor aceptación y aprobación internacional, sumando así 192 países que la han ratificado, restándose los Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur (Alston & John Tobin, 2005). La CDN refleja una nueva perspectiva en torno a la niñez, reconociendo a niños y niñas como sujetos de derecho, dejando atrás la idea de que los y las NNA son propiedad de sus padres. Esto implica, entonces, que tienen capacidad para involucrarse en los asuntos que los conciernen, asumiendo asimismo las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes (Freites Barros, 2008).

Los 54 artículos que conforman la Convención le reconocen a los y las NNA menores de 18 los mismos derechos que las personas adultas, sumado a una protección especial, debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento, estableciendo una “obligación a los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención” (UNICEF, 2014). Esto sumado al compromiso de presentar un informe rutinario donde pueda darse cuenta la aplicación de este tratado en la normativa nacional, al Comité de los Derechos del Niño (Freites Barros, 2008). Este comité es un órgano creado por la misma Convención, en su artículo 43, compuesto por 18 expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos de los niños, haciendo observaciones y ofreciendo orientaciones a los Estados, sin la potestad de sancionar a los mismos.

En la elaboración de la Convención se vieron involucrados aproximadamente 30 países, sumado a 2 organizaciones de Naciones Unidas, las cuales son UNICEF (United y OIT, junto con otras tantas organizaciones no gubernamentales entre las cuales destacan *Defence for Children International*, *Catholic Child Bureau*, *Alianza Save the Children*, entre otras, las cuales tuvieron un rol fundamental para establecer los principios de la Convención y la posterior fiscalización de su cumplimiento (Barna, 2012).

Dentro de los elementos distintivos de la Convención de Derechos del niño, podemos mencionar que se trata de un cuerpo legal que combina los derechos civiles y políticos junto con los derechos económicos, sociales y culturales, ya que su complementariedad es factor necesario para asegurar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y su participación en calidad de sujeto de derecho. Los Estados, al ratificar esta convención, se comprometen a respetar lo estipulado por este cuerpo normativo garantizando el goce de derechos a todos los niños y niñas que se encuentren bajo su jurisdicción, sin excepción alguna (Pilotti, 2001).

Otro tema central que trata la CDN y que se vuelve uno de los principios fundamentales de este texto, tal como lo ha reconocido el Comité de Derechos del Niño, es el “interés superior del niño” el cual se ve plasmado en el artículo 3 que indica que este interés superior es fundamental de todas las decisiones y acciones que involucren a los niños. Lamentablemente es un concepto muy amplio, lo cual da pie a diversas interpretaciones. (Veerman, 1992)

Delimitar el concepto de interés superior del niño es una tarea compleja ya que la propia convención no establece su significado y alcance, esto termina siendo un conflicto, ya que, como muchos autores afirman, se permitiría un amplio margen de discrecionalidad debilitando la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención asegura (Cillero Bruñol, 1999). UNICEF ha intentado dar ciertas directrices de este principio haciendo hincapié en que la Convención al incluir dentro de sus principios al “interés superior del niño”, dispone una obligación, una prescripción de carácter imperativo para las autoridades, quienes antes de tomar una medida o decisión respecto de los niños, deben adoptar todas aquellas medidas que promuevan y protejan sus derechos. En palabras de la Doctora en Derecho, Soledad Torrecuadrada

“Toda norma que haya de aplicarse en situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, la que nos pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un

niño, hemos de considerar aquella que satisfaga en mayor medida el interés del niño” (Torrecuadrada García-Lozano, 2016).

A pesar de los esfuerzos de los autores por entregarnos una definición de este principio, al momento de aplicarlo, todo se vuelve más complejo ya que no existe una única forma de resolución de conflictos que beneficie a todos los niños y niñas, esto en atención a que existen niños y niñas en diversas condiciones por lo cual requieren de soluciones y atención personalizada. Por lo anterior se hace necesaria una interpretación del principio en concreto respecto de cada caso, en el cual se evalúen todas las aristas para arribar a la solución más beneficiosa para el niño o niña en particular (Pocar, 1984). Por esto se vuelve peligroso dotar de un contenido específico y concreto al principio de interés superior del niño ya que “estaríamos vaciándolo de significado e impediríamos la proyección de su aplicación” pero a su vez esto mismo genera el peligro ante la discrecionalidad que se mencionada anteriormente (Torrecuadrada García-Lozano, 2016).

Al analizar el texto de la Convención a la luz del tema que nos convoca, la migración irregular de niños, niñas y adolescentes es menester hacer mención a algunos artículos de vital importancia ante esta problemática, sin desconocer que la totalidad del contenido regulado es crucial para el abordaje integral de esta.

En primer lugar, el artículo 6 n° 2 indica que “los Estados Parte garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. En estos términos, no se hace una distinción entre NNA nacionales o extranjeros, ni tampoco entre su situación migratoria momentánea.

En segundo lugar, con relación a esta tesis, el artículo 9 pone el foco en el respeto de la unidad familiar, dejando posibilidad de separación solo en casos de que esta sea fundamental en atención al interés superior del niño. A pesar de esto siempre se deberá propender al derecho del niño o niña a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular. A lo anterior se suma lo establecido por el artículo 20 que mandata una especial protección y asistencia por parte del Estado para con los niños que se encuentren privados de su medio familiar

Por su parte, el artículo 10 hace hincapié en la forma en que deben de actuar los Estados frente a una solicitud realizada por un niño o sus padres para ingresar o salir de un territorio con la finalidad de reunión familiar. Esta solicitud deberá ser atendida de manera positiva, humanitaria y expedita.

Por último, la Convención menciona como derechos universales de los niños el acceso a salud (artículo 24), seguridad social (artículo 26), acceso a vivienda alimentación y vestuario (artículo 27) y educación (artículo 28).

El Comité de los Derechos del Niño

Como se menciona anteriormente, el Comité de los Derechos del Niño es fruto de la misma Convención con el fin de contar con un órgano que supervise la aplicación de la Convención. En este contexto el Comité realiza recomendaciones a cada Estado de acuerdo con los informes que sean entregados por los mismos (en cuanto a los informes y recomendaciones, hablaremos con más detalle en el Capítulo V relacionándolo con los realizados a nuestro país Chile), y observaciones generales.

Las observaciones generales “son documentos de extensión variable que de forma periódica elabora el Comité de los Derechos del niño para ayudar a la adecuada interpretación y aplicación de los derechos de la infancia según la Convención sobre los Derechos del Niño” (Plataforma de infancia España, 2022)

En el marco de estas observaciones generales, existen dos en particular de especial interés para el tema en cuestión. Nos referimos a la Observación general N.º 6 que se titula: “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” realizada el año 2005; y a la Observación general N.º 22 sobre “Principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

i. Observación general N.º 6 (Comité de los Derechos del Niño, 2005)

Busca desvelar la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA migrantes internacionales no acompañados o

separados de sus familias. Siendo esto una problemática que el Comité identificó en aumento sumado a los vacíos de regulación en la materia se vio en la necesidad de elaborar esta observación.

En la sección de principios aplicables del documento el Comité dispone, de acuerdo con la Convención, que existen obligaciones jurídicas de los Estados respecto de los NNA que se encuentren dentro de su territorio sin que estos puedan restringirlas por el estatus migratorio de los mismos. Las obligaciones tienen carácter negativo, referente a que deben los Estados abstenerse de adoptar medidas que infrinjan los derechos de los cuales son titulares; y carácter positivo en el sentido de realizar actuaciones tendientes al aseguramiento del disfrute de estos derechos. En esta misma sección se destaca la relevancia de los principios de no discriminación, de interés superior del niño y no devolución como consideraciones sustanciales para la toma de decisiones.

Otros aspectos importantes para tener a la vista son el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, derecho del niño a expresar su opinión libremente y la confidencialidad de la información del niño o niña respetando su intimidad.

En respuesta a las necesidades de protección de los NNA migrantes irregulares no acompañados, el Comité establece ciertas providencias que los Estados deben tomar, entre estas se encuentran:

- a. Evaluación inicial en la cual se determine edad, sexo, identidad del NNA, razones por la cual se encuentra en condición de “no acompañado” e identificar si necesita protección internacional.
- b. Nombramiento de un tutor, asesor y representante legal en cuanto se determine la condición de “no acompañado” o “separado de su familia”.

- c. Atención y alojamiento: los NNA serán evaluados periódicamente para velar por su salud, se evitará la privación de libertad, se mantendrán juntos a los hermanos, entre otras medidas.
- d. Asegurar acceso a la educación y a la salud.

Otro punto muy relevante tocado por esta observación es el deber de los Estados de realizar una formación a aquellas personas que tengan la labor de ocuparse de los NNA migrantes no acompañados. Esto a través de capacitaciones que se realicen bajo los principios y disposiciones de la Convención, trabajando técnicas apropiadas de entrevista, considerando la psicología infantil con una especial sensibilidad cultural.

ii. Observación General N.º 22 (Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores migrantes, 2017).

Esta observación tiene relación con la Convención tratada a continuación, ya que fue redactado en conjunto por el Comité de los Derechos del Niño, y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes.

La presente observación tiene como finalidad facilitar orientaciones en cuanto a medidas legislativas y de políticas públicas para proteger efectivamente los derechos de NNA migrantes internacionales.

Esta observación tiene un alcance más alto que la anterior expuesta, ya que no solo es aplicable a NNA no acompañados o separados de sus familias, sino que a todos los NNA que se encuentren en contexto de migración internacional.

En primer lugar, los Comités mandatan que “los Estados deben velar por que, en el contexto de la migración internacional, los niños sean tratados como niños”. Lo anterior es de vital importancia toda vez que se da prioridad a la condición de niño o niña y su situación de vulnerabilidad más allá de cualquier otra circunstancia cuando estos se encuentren dentro de sus fronteras.

En adelante, los Comités mencionan los principios a los cuales deben atenerse los Estados, es así que se vuelve a recalcar la importancia de los principios de no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida supervivencia y desarrollo y derecho a expresar su opinión.

Los comités encargan a los Estados poner en el centro del desarrollo de las políticas migratorias en que se vean involucrados NNA, al principio de no discriminación. Se deben redoblar esfuerzos para evitar que NNA sean víctimas de xenofobia, racismo, acoso o cualquier otra forma de discriminación prestando atención a la reglamentación interna de cada País e integrando en sus decisiones el interés superior del niño.

Como lo habíamos mencionado anteriormente, los comités confirman y hacen énfasis en que el interés superior debe ser evaluado caso a caso para definir directrices a seguir en específico respecto de una niña o niño.

En otro apartado relevante, los comités evidencian que cuando se trata de NNA acompañados, las políticas migratorias que restringen el acceso a derechos básicos de los adultos terminan afectando de igual forma la integridad de niños y niñas que se encuentran al cuidado de estos, es por eso que es un punto que debe tenerse en consideración al velar por su interés superior. Los comités proponen que los Estados dispongan de mecanismos de regularización del estatus migratorio de los padres o

tutores de NNA migrantes para evitar graves repercusiones en el desarrollo de su infancia.

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

Esta convención fue aprobada en 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas debido a la necesidad de tener un instrumento que regulara la situación de personas migrantes dado al alza de migración laboral y la cantidad de países involucrados en estos procesos, esto sumado a que los migrantes suelen ser explotados sufriendo violaciones graves a los derechos humanos. Sin embargo, para poder entrar en vigencia requería de 20 ratificaciones de acuerdo a su propio artículo 87, las cuales solo pudo alcanzar a finales de 2002, entrando en vigor en 2003 (Doña Reveco, 2003). Lamentablemente la Convención Internacional de la protección de trabajadores migrantes y su familia, en adelante CTM, sigue con baja ratificación sobre todo por parte de los países de la Unión Europea y América del Norte que en rigor son aquellos que mayor tasa de migrantes laborales reciben, por esto que su aplicabilidad se ve limitada en comparación con otros cuerpos legales internacionales.

La migración es un tema que cada vez va generando más atención en el mundo, por lo que la CTM viene a poner en manifiesto el vínculo innegable que tiene el fenómeno de migración con los derechos humanos. No es aislado y de conocimiento general que los migrantes son empleados en condiciones laborales desfavorables versus los otros trabajadores evadiendo el respeto de sus derechos humanos de carácter laborales. Es por esta razón que la ONU impulsa el reconocimiento específico de los derechos humanos de migrantes, para desalentar que se sigan perpetuando estas prácticas por parte de los empleadores (Camos Victòria & Rojo Torrecilla, 2004)

La CTM contempla dentro de sus principios rectores el de no discriminación. Así lo vemos reflejado en el artículo 7 de este, en el cual se genera un compromiso a los Estados para respetar los derechos previstos en la convención sin distinción alguna ya sea por motivo de sexo, raza, color, idioma, religión, convicción, opinión política,

nacionalidad de origen, étnico, edad, situación económica o cualquier otra condición. Así mismo en su primer artículo, en cuanto a la aplicabilidad, menciona que será aplicable a todos los trabajadores migratorios y sus familiares sin distinción (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006). La convención hace énfasis en que, a todos los trabajadores migrantes, tanto regulares como irregulares se les deben respetar sus derechos. Sin embargo, incentiva a regularizar su situación otorgando un catálogo de derechos más amplio para aquellos trabajadores migrantes documentados.

En relación al principio de no discriminación, también es redactado el artículo 25, el cual busca que los trabajadores migratorios gocen de un trato igual de favorable que los nacionales del Estado donde se encuentran en situación de migración, esto tanto en remuneración, horario laboral, descansos semanales, seguridad, entre otras. Esto no podrá ser suspendido aun cuando el trabajador pase a un estatus irregular de migración.

Tal como su título lo dice, la CTM es aplicable no solo a los trabajadores migrantes descritos por el artículo 1 y 2, sino también a las familias de ellos. Los “familiares” están contemplados en el artículo 4 de la CTM, refiriéndose que son las personas casadas o que mantengan con el trabajador migrante una relación conforme al derecho aplicable que produzca efectos equivalentes al matrimonio; también sus hijos u otras personas que tenga a su cargo. Desafortunadamente, como lo confirman Camos y Rojo, existe disparidad en las legislaciones de los Estados lo cual podría llegar a resultados perniciosos el dejar al arbitrio los destinatarios de este tratado, tal como ocurre en las uniones de carácter civil entre dos personas del mismo sexo las cuales no tienen reconocimiento universal (Camos Victoria & Rojo Torrecilla, 2004).

Al igual que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la CTM dispone la creación de un Comité, el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares. El comité tiene la finalidad de observar la aplicación de la Convención.

Los Estados tienen la obligación de presentar ante el Comité un informe en donde se dé cuenta de las medidas que han adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la CTM. El Comité formulará recomendaciones a los Estados de acuerdo a los informes. En cuanto a las recomendaciones, hablaremos en mayor profundidad en el capítulo V para analizar las recomendaciones realizadas a Chile.

Si bien es debatible el hecho de que sea efectiva la aplicación o no de esta Convención al contar con una baja ratificación, hasta 2021 solo 56 Estados (Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2021) al menos, los autores concuerdan en que la CTM nos invita a reflexionar al respecto y dejar constancia de que la migración aún carece de un sistema de protección aplicable. En caso de que la CTM alcance mayor adherencia, de igual manera nos enfrentaríamos a un problema o deficiencia, esto porque la Convención no es aplicable a todos los migrantes, ya que a pesar de contemplar los principios de igualdad y no discriminación, el tratado es claro al definir en sus primeros artículos al trabajador migrante como aquel que ha ejercido, ejerce o ejercerá una actividad remunerada siendo el foco de protección aquellos que realizan una labor y perciben un ingreso por la misma y sus familiares (Camos Victoria & Rojo Torrecilla, 2004). Esto deja de igual forma un vacío respecto de un gran grupo de personas, considerando que en su último informe la OIM estima que de los 281 millones de migrantes internacionales, tan solo 169 millones entrarían en la categoría de trabajadores migrantes, es decir aproximadamente un 60% (McAuliffe & Triandafyllidou, 2021)

Si bien es debatible el hecho de que sea efectiva la aplicación o no de esta Convención al contar con una baja ratificación, hasta 2021 solo 56 Estados (Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2021) al menos, los autores concuerdan en que la CTM nos invita a reflexionar al respecto y dejar constancia de que la migración aún carece de un sistema de protección aplicable. En caso de que la CTM alcance mayor adherencia, de igual manera nos enfrentaríamos a un problema o deficiencia, esto porque la Convención no es aplicable a todos los migrantes, ya que a pesar de contemplar los principios de igualdad y no discriminación, el tratado es claro al definir en sus primeros artículos al trabajador migrante como aquel que ha ejercido,

ejerce o ejercerá una actividad remunerada siendo el foco de protección aquellos que realizan una labor y perciben un ingreso por la misma y sus familiares (Camos Victoria & Rojo Torrecilla, 2004). Esto deja de igual forma un vacío respecto de un gran grupo de personas, considerando que en su último informe la OIM estima que de los 281 millones de migrantes internacionales, tan solo 169 millones entrarían en la categoría de trabajadores migrantes, es decir aproximadamente un 60% (McAuliffe & Triandafyllidou, 2021)

Alcance del Convenio 138 OIT

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su labor de promover los derechos laborales y mejorar la protección social de los trabajadores, ha tenido siempre en la mira la problemática del trabajo infantil. La preocupación por este punto no es baladí toda vez que el trabajo dificulta e interfiere el desarrollo de NNA, ya que la mayoría de las veces genera un obstáculo para la educación y esparcimiento, inclusive llegando a poner en riesgo sus vidas por los esfuerzos físicos o psicológicos que causan daños irreversibles a corto o largo plazo. (Organización Internacional del Trabajo, 2003)

En razón de esto el 26 de junio del año 1973 la OIT adopta el Convenio 138 el cual fija la edad mínima para que los niños o niñas comiencen a trabajar.

El Convenio 138 tiene como consecuencia que los Estados deben fijar una edad mínima para que los niños o niñas ingresen al mundo laboral. Esta obligación tiene como parámetro no establecer una edad inferior para ser empleado que la edad en que cesa la obligación escolar. Como bien lo evidencia el profesor de Derecho Jorge Cavalcanti, la OIT:

“no fija, de forma rígida una edad mínima para el trabajo, pero estipula que los Estados deberían elevarla progresivamente hasta un nivel que haga posible el desarrollo físico y mental completo de los niños, sugiriendo 15 años como edad mínima de admisión al trabajo en general” (Cavalcanti Boucinhas Filho, 2019).

La OIT, promueve que la regulación interna en la materia considere los factores de riesgo que se producen cuando un NNA ingresa al mundo laboral, por lo que se sugiere que entre menor edad tengan el acceso a empleos se encuentre más restringido a actividades de menor impacto tanto físico como mental.

Alcance del Convenio 182 OIT

En esta misma línea en busca de la abolición del trabajo infantil, existe otro convenio realizado por la OIT el cual es el número 182 que trata sobre las peores formas de trabajo infantil. El convenio adoptado en el año 1999 tiene la particularidad, a diferencia del Convenio 138⁵, de haber logrado una ratificación universal y por unanimidad por parte de todos los Estados miembros de la Organización.

Esto marca un hito histórico dentro los Convenios de la OIT, ya que demuestra el interés de los Estados por enfrentar y erradicar estas formas como una problemática de carácter urgente. Como lo menciona el informe realizado por la misma Organización “ Nunca en toda la historia de la OIT un convenio había sido ratificado con la rapidez del Convenio núm. 182” (Organización Internacional del Trabajo, 2003).

En la “Estimación mundial sobre el trabajo infantil”⁶ realizada por la OIT para el periodo 2012 a 2016, se llega a la conclusión de que a la fecha mencionada, la cantidad de NNA realizando trabajo infantil ascendía a una cifra de más de 150 millones de niños entre 5 y 17 años. De estos un 48% corresponde a niños de entre 5 y 11 años (International Labor Office, 2017). Esta cifra es preocupante ya que dificulta el desarrollo cognitivo, social y muchas veces corporal de los NNA.

El Convenio 182 en su artículo 3 describe a que se refiere con la expresión de “peores formas de trabajo infantil”, en síntesis, hace referencia a 1) la esclavitud, venta, trata de niños o cualquier practica similar; 2) prostitución o uso de NNA en material pornográfico; 3) cualquier actividad ilícita como tráfico o venta de drogas; y 4) cualquier trabajo que dañe la salud, seguridad o moralidad de los NNA.

Se hace presente a los Estados miembros que cada uno debe tomar todas las medidas, con carácter de urgente, para eliminar el empleo de niños en las “peores

⁵ Actualmente cuenta el Convenio con 175 ratificaciones de los 187 que la componen. Sin embargo, este aumento en la ratificación surgió paulatinamente y muchos años después de que este entrara en vigor. A modo de ejemplo en el año 1993, habiendo transcurrido 20 años desde su adopción, no alcanzaban a ser 50 Estados los que habían ratificado el mismo (Organización Internacional del Trabajo , 2022)

⁶ Traducción libre del título del informe de la OIT “Global estimates of child labour: Results and trends, 2012-2016”.

formas de trabajo”. Sumado a esto se insta a cada Estado a realizar un análisis periódico de la situación en su territorio junto con elaborar programas que promuevan la erradicación de estas formas de trabajo infantil.

CUERPOS NORMATIVOS DE APLICACIÓN INTERNACIONAL REGIONAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

SISTEMA INTERAMERICANO: Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos, o también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en adelante CADH, fue suscrita el 22 de 1969 entrando en vigor a mediados de 1978. Este tratado internacional establece derechos y libertades, en el contexto de los derechos humanos, que deben ser respetados por los Estados parte. Además de establecer dos órganos importantísimos para resguardar el aseguramiento de derechos fundamentales y reaccionar cuando estos se han visto vulnerados. Estos son la Comisión (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como principal función, de acuerdo con el artículo 41 de la CADH, promover la observancia y defensa de los DD.HH.. Esto a través de facultades como la formulación de recomendaciones a los Estados para que estos adopten medidas progresivas a favor de los DD.HH.; preparar informes; solicitar a los Estados que realicen informes sobre sus avances o actuar frente a peticiones que realice cualquier persona por denuncia de violación a derechos fundamentales.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano con competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de derechos contenidos en la CADH, siendo este el derecho sustantivo a aplicar. Además tiene competencia para conocer de los casos en que exista vulneración de derechos del párrafo a) del artículo 8 y 13 del Protocolo Adicional de la Convención en materia de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se le ha atribuido, además, competencia para aplicar Convención Belem do Pará y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Desde la entrada en vigor de la CADH, la Corte ha emitido alrededor de 400 sentencias, sumado a opiniones consultivas que componen su vasta jurisprudencia abarcando diversas temáticas (Thompson, 2018).

En la CADH solo existe un artículo que se refiere directamente a Niños, que es el artículo 19, el cual establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Sin embargo, esto no ha sido un impedimento para que la Corte tenga una vasta jurisprudencia en cuanto a casos en que niños, niñas o adolescentes se vean involucrados ya que a pesar de no tener competencia material respecto de cuerpos legales como lo son la Convención de Derechos del niño, la Corte la ha incluido mediante la interpretación del artículo 19. Esto debido a que los Derechos Humanos están en constante evolución y desarrollo. Al haber sido la Convención de Derechos del Niño, posterior a la redacción de la CADH, encontrarle sentido y dirección a este único artículo ha estado dado mediante la labor interpretativa de la ley. Lo anterior es posible en base a las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena de 1980, la cual en su artículo 31 mandata que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Considerando que el objeto y fin de la CADH es la protección de los derechos humanos, consecuentemente la interpretación debe ser a favor de las personas, y en este caso a favor de los niños.

En relación con lo anterior podemos mencionar algunos ejemplos en los cuales la Corte se ha pronunciado:

1. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 de la Corte IDH

La Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 se refiere a los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, este instrumento establece un piso mínimo para la atención y recepción de niños, niñas y adolescentes poniendo especial atención en aquellos que viajan sin la compañía de sus padres o algún tutor o que por alguna circunstancia han sido separados de su grupo familiar (Organización Internacional para las Migraciones e Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos de Mercosur, 2017). La Corte basa su opinión, en primer lugar, en lo dispuesto por el artículo 1.1 de la CADH, en cuanto obliga a respetar y garantizar derechos fundamentales a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción del Estado de que se trate, es decir, que se encuentren en su territorio o de cualquier forma se encuentra sometida a su autoridad. Es así como en propias palabras de la Corte

“...no tiene significancia alguna, en este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular” (Corte IDH, 2014)

En segundo lugar, en el artículo 2 de la Convención, se plasma la obligación estatal de adecuar la legislación interna a la Convención eliminando todo aquello que implique una vulneración de las garantías fundamentales.

El tercer artículo que inspira esta Opinión Consultiva es, lógicamente, el nº 19. En atención a este deber que se impone no solamente a los Estados, sino que también a las familias y a la sociedad en general (siendo el único artículo que consagra una obligación no solamente para el Estado), la Corte considera que los Estados deben plantear políticas migratorias para NNA priorizando el enfoque en los derechos fundamentales, poniendo atención particular en su protección y desarrollo integral, anteponiéndose a la nacionalidad o estatus migratorio del NNA. Para esto, la Corte,

pone sobre la mesa 4 principios de la Convención de Derechos del Niño que se deben tener a la vista en la materia tratada. Estos son: el principio de no discriminación; el principio del interés superior de la niña o del niño; el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

Es así como en esta Opinión Consultiva se van desarrollando diversos temas para indicar a los estados cómo actuar frente a migración de NNA. Para este fin primero se establecen procedimientos para identificar necesidades de protección y adoptar estas medidas de protección especiales indicando no taxativamente algunas etapas que se deberán cumplir para la identificación correcta del NNA. Posteriormente se fijan algunas garantías del Debido Proceso aplicable en procesos migratorios que involucran a niños y niñas. Luego se expone respecto del principio de no privación de libertad de niñas y niños por causa de su estatus migratorio irregular y del principio de no devolución. Además, se hace hincapié en las condiciones básicas con que deben contar los espacios de alojamientos en los cuales se resguarde a los NNA. Finalmente se refiere a los procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores.

Es importante comentar que la Corte expresó en unanimidad la Opinión Consultiva. Dentro de sus conclusiones finales se enumeran:

- a) Los Estados deben identificar a los NNA extranjeros que requieren de especial protección internacional. Lo anterior debe ser realizado mediante una evaluación la cual debe cumplir con el respeto y seguridad debida para determinar qué medidas tomar y como tratarlos tanto en su condición de niño o niña como en aquellas necesidades especiales y particulares que puedan tener.
- b) El interés superior de la niña o del niño se debe tener siempre a la vista en todas las decisiones que se tomen. Los procesos, tanto judiciales como administrativos, en los cuales se resuelvan cuestiones pertinentes a menores de 18 años, deben ser adaptados a las necesidades de NNA.

- c) En los procesos migratorios de niños, se deben respetar a cabalidad las obligaciones del debido proceso. Entre las garantías, la corte menciona:
- “ el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído; derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso” (Corte IDH, 2014).
- d) Se establece una restricción a los Estados respecto de privar de libertad a NNA con la finalidad de cautelar un proceso migratorio o en razón de haber incumplido los requisitos de ingreso al país.
- e) En los Estados deben existir medidas que protejan los derechos de niños y niñas en contexto de migración.
- f) En cuanto a espacios de alojamientos, la Corte establece que, si bien se debe respetar y promover el derecho a la unidad familiar, se debe propender un ambiente no privativo de libertad. Sumado a esto, en caso de que los niños o niñas migrantes sean NO acompañados, deben ser ubicados en espacios distintos a los que se alojan los adultos

- g) En caso de que la vida o seguridad de un niño se encuentre expuesta al riesgo en el país de origen, el Estado receptor tiene la “prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en la frontera o no admitir” al NNA.
- h) Los órganos judiciales o administrativos de cada estado que tienen la responsabilidad de decidir respecto de la expulsión y por ende separación familiar de uno o ambos padres de NNA migrantes debido a su estatus migratorio, deben realizar un análisis de ponderación, teniendo a la vista, siempre, el principio de interés superior del niño o niña.

2. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002

La opinión consultiva OC-17/2002 trata el tema de la condición jurídica y derechos humanos del niño. En esta opinión se inicia planteando el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto a los niños, es así como la Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” (Corte IDH, 2002), entendiendo que es posible hacer una distinción toda vez que esta tiene una justificación razonable en cuanto a la situación de vulnerabilidad y especial protección que requieren los niños y niñas.

Como se ha mencionado en esta tesis, la Corte destaca que los niños y niñas tienen los derechos que corresponden a todos los seres humanos sumados a aquellos derechos especiales que derivan de su circunstancia. Por lo anterior, que exista un trato diverso no se consideraría per se discriminatorio, sino que busca “permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”.

En otros puntos relevantes, para el tema en cuestión que trata esta opinión consultiva, es la separación excepcional del niño de su familia. Cuando se tome una decisión relativa a este punto, esta debe estar fundamentada solo en el interés superior del niño o niña, además siempre promoviendo que sea de una duración temporal,

siendo devuelto el niño a su familia lo antes posible, cuando las condiciones lo permitieran.

Por otro lado, se plantea como obligación a los Estados el proveer de medidas necesarias para que niños y niñas se encuentren en condiciones dignas, asegurando el acceso a derechos económicos, sociales y culturales. Así el niño “tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la educación”. La Corte destaca el acceso a la educación y a la salud como derecho de gran importancia para gozar de una vida digna, previniendo a la vez situaciones desfavorables tanto para el niño como la sociedad en su conjunto.

La Corte, en su Opinión, declara que los Estados parte de la CADH tienen obligaciones positivas de protección, no solo absteniéndose de perturbar sus libertades, sino de propender por medio de medidas de diversa índole para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, al respecto la Corte ha dicho:

“tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”.

Otro punto muy importante que toca la Corte en su OC es aquel referente a la procesos judiciales a los que son sometidos los niños específicamente desde una perspectiva penal. Al respecto, en opinión de la Corte, debe existir órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a niños o niñas. Lo anterior debe ir, evidentemente, sumado a todas las garantías del debido proceso.

3. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003

En esta OC la Corte se refiere a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Si bien, en esta Opinión, se habla de manera general de migrantes indocumentados, varias de las conclusiones se hacen especialmente

importantes de recalcar cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes migrantes indocumentados.

En primer lugar, se establece una obligación general a los Estados de respetar y garantizar derechos fundamentales adoptando medidas positivas para propender a estos, el incumplimiento de esto acarrea la responsabilidad internacional de los mismos.

La Corte Interamericana posiciona como pilares fundamentales a los principios de igualdad y no discriminación en esta materia. Estos principios son aplicables a todos los Estados ya que son parte de las normas imperativas del derecho internacional general y por lo tanto generan obligaciones *erga omnes* de protección.

Las obligaciones que tienen los estados de garantía y respeto de Derechos Fundamentales no poseen limitaciones o exclusiones, deben ser cumplidas sin importar situación o consideración, *“inclusive el estatus migratorio de las personas”*. Este estatus migratorio, en ningún caso puede ser excusa para privar del goce y ejercicio de sus derechos humanos. En relación con lo anterior se hace hincapié en los derechos humanos laborales de las personas, lo cual se desprende de la relación laboral con independencia de su situación regular o irregular de migración. Esto quiere decir que todas las personas migrantes regulares o irregulares poseen los mismos derechos que los demás trabajadores, por tanto “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.

SISTEMA AFRICANO: Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El sistema regional africano de protección a los derechos fundamentales surge luego de la Carta de la Organización de la Unidad Africana firmada en 1963, a partir de la cual comienzan a redactarse instrumentos que aúnan criterio en el continente respecto de Derechos Humanos. Dentro de estos instrumentos se encuentra la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos (Adnane Rkioua, 2012).

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, en adelante CADHP, fue adoptada en 1981. Dentro de esta, en los artículos 2 a 13, se contempla un catálogo de derechos civiles y políticos de los individuos y desde el 14 al 18 los de carácter económicos, sociales y culturales (Heredia Usero, 2020).

Es relevante para esta investigación, mencionar en específico el artículo 18. Este artículo es el único de este tratado en el que se menciona a los NNA, en su numeral 3º declara “El Estado se hará responsable de la eliminación de la discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipula en las declaraciones y convenios internacionales” (Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981). Es así como la CADHP integra la Convención de Derechos del Niño directamente.

En la segunda parte de la CADHP, titulada: “Medidas de Salvaguarda” contempla la creación de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos la cual tiene la función de promover y garantizar la protección de los Derechos Humanos y de los Pueblos; realizar interpretaciones a petición de los Estados parte y también investigar en caso de que un Estado considere que otro Estado ha violado la CADHP. Sin embargo, la Comisión no tiene potestades para condenar a un Estado, sino que se limita a realizar una recomendación.

Además de la Comisión existe otro Órgano que es la Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos. Fue creada mediante el Protocolo a la CADHP, posee competencia contenciosa, consultiva y arbitral. Respecto de procesos contenciosos, la Corte tiene competencia para conocer de los casos sometidos por la Comisión, los Estados parte, las Organizaciones Intergubernamentales africanas y ONGs a las que se les haya otorgado condición de observadoras ante la comisión. Teniendo competencia material en los casos en que se dispute la aplicación de la CADHP, el Protocolo en cuestión o cualquier instrumento “relevante” de Derechos Humanos ratificados por el Estado implicado, todo esto de acuerdo a lo establecido en

el artículo 3 del protocolo⁷. Por esta razón, la Corte también puede pronunciarse respecto de la Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño de 1990.

La Carta antes mencionada, de los derechos y bienestar del niño contiene 48 artículos dentro de los cuales se mencionan derechos y principios ya considerados en la Convención de Derechos del Niño. A modo de ejemplificación destacamos el principio de No discriminación e Interés superior del niño, derecho a la educación, salud y protección contra cualquier forma de tortura, trato inhumano o degradante.

Respecto del sistema africano de protección, en esta ocasión, no ahondaremos más allá de lo ya expuesto debido a que por parte de la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos. el desarrollo jurisprudencial en torno al tema que nos convoca, de migración irregular de NNA, ha sido muy escueto. Sumando esto a que como se ha mencionado en capítulos anteriores y de acuerdo a los datos entregados, las personas de los Estados africanos realizan desplazamientos migratorios en mayor porcentaje a otros continentes, principalmente a países europeos.

⁷ Traducción libre del artículo 3º de la CADHP

CAPÍTULO III

SISTEMA EUROPEO

La protección de los DD. HH en el continente europeo

El sistema europeo de la protección de los derechos humanos es resultado de un proceso evolutivo que va muy arraigado a la historia del continente. Por ello, se trata de una red de protección amplia que no fue creada por un diseño único, sino que se ha fortalecido y robustecido a lo largo del siglo XX, y modernizando en el siglo actual (López Guerra, 2018).

Es por esto mismo que es extremadamente particular, donde podemos identificar la coexistencia de tres distintos sistemas de protección de los derechos humanos, que operan paralelamente en Europa. Nos referimos al Consejo de Europa, el sistema orquestado por la Unión Europea, y en una forma más acotada, al de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) (Andrés Saenz de Santamaría, 2020). Este último menos conocido, creado para asegurar la seguridad euroatlántica y euroasiática actúa en tres continentes, con 57 Estados parte.

En este capítulo estudiaremos la evolución del sistema europeo de protección, haciendo hincapié en la normativa y su desarrollo, en lo que concierne a la protección de los derechos fundamentales de la infancia migrante. Donde finalmente analizaremos los organismos y agencias especializadas en la protección de este mismo grupo vulnerable. Para efectos de este trabajo, nos enfocaremos en el Consejo de Europa y en la Unión Europea.

Breve reseña de la evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos.

La Unión Europea (UE) es una unión económica y política entre veintisiete países vinculados entre sí por su localización geográfica en el continente europeo. Esta tiene sus orígenes fuertemente arraizados con la política económica de la Europa

de mitad de siglo XX, la Europa posguerra. Un continente que estaba devastado y que debía idear un modelo que no solo sirva para su reconstrucción, sino también para retomar el liderazgo mundial y asegurar la paz. Debido a la presión que existía en Europa, dada la difícil relación y la inexistencia del diálogo entre los bloques Este-Oeste, surgen potentes voces que llamaban a una unidad de la Europa occidental (Termes, 2003).

La latente amenaza soviética y la tensión que esta creaba en occidente llevó al primer paso para la unificación europea, cuyo enfoque era primeramente defensivo y militar. El pacto de Bruselas de 1948, firmado por Bélgica, Francia, Países Bajos, Luxemburgo y el Reino Unido, se basaba en el principio de ayuda mutua: si alguno de los países firmantes fuera objeto de agresión armada en territorio europeo, las otras partes deberían proporcionar ayuda militar, en medida que sus facultades así lo permitieran (Sierra Nava, 1957). Si bien aquello es pilar principal de aquel pacto, existían también cláusulas sobre la cooperación económica, social y cultural.

Los miembros de dicho pacto acuerdan convocar a una conferencia general a la cual invitaron también a Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia, aquella que sería conocida como la “Conferencia de los Diez” (Montes Fernández, 2014), en la ciudad de Londres. Es así como nace en 1949 el **Consejo de Europa**, que tiene como objetivo principal mejorar las condiciones de vida entre todos los países europeos y para con sus ciudadanos, proteger y desarrollar los derechos humanos y las libertades fundamentales (Gabriel Murcia, 1981). Los Estados miembros de este Consejo buscan “una unión más estrecha entre los pueblos europeos animados por el mismo sentimiento y a para ello se constituye” (Montes Fernández, 2014).

En paralelo nace el Plan Schuman, orquestado por el político y diplomático francés Jean Monnet y el ministro de Asuntos Exteriores de Francia Robert Schuman, el cual abarcaba efectivamente el tema de la paz en la región, iniciando con la resolución del problema económico, y concretamente el “problema del carbón y el acero” (Termes, 2003). Así, la idea de una alta autoridad europea que regule estas materias primas tuvo una buena acogida por parte de Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, y así es como estos países firman en París, el 18 de abril

de 1951, el Tratado de Constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), con el objetivo de “hacer interdependientes los sectores del carbón y del acero, de modo que, a partir de ese momento, ningún país pueda movilizar sus fuerzas armadas sin que los demás países se percaten” (Unión Europea, 2022), con ello se mitigaron la desconfianza y las tensiones tras la Segunda Guerra Mundial. Lo cual debe ser considerado como un gran éxito, ya que además de cumplir con su objetivo de calmar las tensiones en la región, también se convierte en el primer germen y el antepasado directo de la Unión Europea, detonando el proceso europeo de la integración (Torres, 2008).

En 1957 se firman los Tratados de Roma, los cuales tienen como objetivo profundizar la integración europea para incluir también la cooperación económica general. Así nace la Comunidad Económica Europea (CEE), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom) el cual como dice su nombre pone la energía atómica bajo el control europeo. Es así como quedan establecidos los tres pilares básicos de la construcción europea: CECA, CEE y CEEA (Termes, 2003). Diez años más tarde, ante la evolución del proceso, se hace necesaria una coordinación de las políticas de las distintas Comunidades creadas anteriormente. Para solucionar este problema se firma en Bruselas el 8 de abril de 1967 el Tratado de Fusión, que crea una Comisión Europea, y un Consejo único para las tres comunidades, perfeccionando la organización comunitaria.

El Tratado de Fusión es un hito político en sí mismo, ya que con este se consolida el rasgo característico de la Unión Europea moderna: la dualidad de soberanías. Con esto nos referimos a la soberanía en la cual están investidos los órganos supranacionales de la UE, que recae principalmente para los aspectos económicos, en paralelo a la tradicional soberanía de los Estados miembros (Pellón Azopardo, 2017).

Las instituciones de las Comunidades Europeas evolucionan a medida pasan los años, y la idea de la Unión ya pareciera no tener vuelta atrás. Así queda establecido un nuevo marco institucional, la Comisión, la cual tiene la misión de velar por la correcta aplicación de los Tratados; el Consejo de ministros; el Tribunal de Justicia, el

cual asegura el control jurisdiccional; el Tribunal de Cuentas, que ingresa el año 1975; y el Parlamento Europeo, el cual es elegido por sufragio universal por primera vez en 1979 (Farges, 2021).

A medida que la segunda mitad del siglo XX avanzaba, más países del continente se adherían a este gran proyecto europeo, en particular, es considerado como el segundo hito fundacional de la Unión Europea, el tratado del Acta Única Europea de 1986, el cual es redactado para, entre otras cosas, preparar la incorporación de España y Portugal (Termes, 2003). El objetivo de esta Acta, según su propio preámbulo, es de continuar la obra comenzada y transformar el conjunto de relaciones entre los Estados en una verdadera Unión Europea, esto se realizaría, según el propio Instrumento, a través de la cooperación política europea.

Para el profesor Termes el objetivo final perseguido por la entonces Comunidad Europea, orientado hacia una unidad política del continente, no podría limitarse al logro del mercado único, sino que resultaba imprescindible que este mercado común se transformase en una unidad monetaria. Esta unidad podría establecer una zona de estabilidad monetaria para hacer frente a las oscilaciones del dólar estadounidense en el mercado de divisas. Es así como nace el ECU (por sus siglas en inglés, *european currency unit*⁸), el antecesor directo del euro.

No es sino hasta 1992 con el Tratado de Maastricht, conocido también como Tratado sobre la Unión Europea (TUE), que se establece la Unión Europea como si misma, así como también se introduce el procedimiento de codecisión, entregándole al Parlamento Europeo mayor participación en la toma de decisiones. El TUE introduce también nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de esta nueva Unión Europea, en materias de gran relevancia como defensa, justicia e interior. Este es el gran hito fundacional, que también tenía como objetivo preparar la Unión Monetaria Europea, e introducir elementos de unión política, tales como ciudadanía, política común de relaciones exteriores y asuntos internos (Unión Europea, 2022). Con respecto al ámbito financiero, ya con la decisión de avanzar hacia una moneda única

⁸ Unidad Monetaria Europea, en español.

tomada, se crea para su consecución el Instituto Monetario Europeo, el cual preparará la institucionalidad y las actividades del Sistema de Bancos Centrales (SEBC) y el Banco Central Europeo, los cuales iniciarían su funcionamiento en 1999 (Pellón Azopardo, 2017).

La vocación de este tratado a la creación del sentimiento europeo relacionado a la ciudadanía, como esbozábamos en el párrafo anterior, va de la mano con el ideal de que no se trate exclusivamente de una unión política, sino que consagre derechos políticos al ciudadano europeo (Barón, 2008). Así, se crea la institución del Defensor del Pueblo Europeo, organismo del cual nos referiremos más adelante.

Ya con la Unión Europea en marcha, y adentrándonos al final del siglo, se hace necesario modificar y reformar ciertas instituciones de la unión para hacer frente a ciertos fenómenos. Se firma en 1997, el Tratado de Ámsterdam, que tiene como objetivo principal actualizar el derecho y las instituciones de la UE a la incorporación de nuevos estados miembros, la globalización y el desempleo (Unión Europea, 2022). Este Tratado actualiza y aclara el TUE, afirma la identidad de la UE en el ámbito internacional, mas es considerado por algunos autores como insuficiente e ineficaz en sus modificaciones (Pellón Azopardo, 2017). Esto debido a que se considera que se dejó fuera acuerdos en temas relevantes, tales como la composición de la Comisión, luego del ingreso de nuevos Estados, la ponderación de votos en el Consejo, o la rearticulación o fusión de los tratados. Para subsanar estos problemas, y con el fin de preparar la Unión Europea para su quinta ampliación, es que se firma el Tratado de Niza.

El Tratado de Niza se firma en dicha ciudad francesa el 26 de febrero de 2001, ratificado por los quince Estados miembros de la época, donde aquí sí se revisan todos los tratados preexistentes con el objetivo de legitimar y hacer más eficaces a las instituciones de la UE. Con reformas particulares en lo que corresponde a “una nueva distribución de los escaños en el Parlamento Europeo, una cooperación reforzada más flexible, el control de los derechos y valores fundamentales en la UE y con el refuerzo del sistema judicial de la Unión” (Sokolska, 2022).

El Tratado modifica los puntos que se le criticaron al pasado Tratado de Ámsterdam, dígase se modificó la ponderación de los votos en el Consejo; la composición y organización interna de la Comisión; sobre el Parlamento Europeo, aumentando el número de diputados que había establecido el Tratado de Ámsterdam, y en el mismo espíritu aumentando las competencias del Parlamento, como una reforma de tamaño considerable con respecto a los procedimientos legislativos. Existió también una importante reforma al sistema judicial europeo, otorgándole al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la facultad de deliberar con diferentes composiciones, aumentando también el número de abogados generales. Con respecto al Tribunal de Primera Instancia (ahora llamado Tribunal General), se ampliaron sus competencias para incluir determinadas categorías de cuestiones prejudiciales (Mangas Martín, 2001).

Los ensayos constituyentes que planteaban una Constitución Europea no lograban dar frutos, existiendo incluso un borrador que falló estrepitosamente en un referéndum en Francia y los Países Bajos el año 2005, frenando al menos temporalmente el sueño de la constitución del continente y a la vez oxigenando el euroescepticismo en ciertos sectores de la política europea (Startin & Krouwel, 2013). Es así como el año 2007, los líderes de los Estados miembros se reúnen para firmar el Tratado de Lisboa, que si bien no fue el proyecto novedoso que daría un nuevo impulso para una nueva UE adecuada a los nuevos tiempos como era la constitución, si significó un gran Tratado de gran importancia que resultó en una reforma a los tratados que constituyen el derecho primario comunitario (Bar Cendón, 2010).

El Tratado de Lisboa resulta en una reestructuración institucional de la Unión Europea, fusionando la misma UE con la Comunidad Europea, tal como establece el primer artículo del reformado TUE. El objetivo del Tratado es en general la reforma de la operación y la toma de decisiones de las instituciones de la UE, lo que era urgentemente necesario debido a la robusta ampliación que llevó a la Unión a tener 28 Estados miembros en su momento (Borchardt, 2011). Esta reestructuración afecta a dos ámbitos de la UE: su estructura jurídica-política, y el contenido interno de los

Tratados: tanto del Tratado de la Unión Europea como del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (Bar Cendón, 2010).

De acuerdo con el Tratado, al Parlamento Europeo se le entrega más poder legislativo, garantizando una mayor democracia en la toma de decisiones de la UE. Concretamente, el Tratado amplía los ámbitos políticos en los que el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea adoptan legislación en igualdad de condiciones. El Parlamento aumenta su número de parlamentarios por tercera vez consecutiva, y finalmente se le otorga la facultad de elegir al o la presidenta de la Comisión Europea. A la misma Comisión Europea, que es el núcleo del poder ejecutivo de la UE, se le otorga la responsabilidad de la designación de comisarios, y distribución de las carteras, fortaleciendo su rol ejecutivo (Unión Europea, 2017).

Así mismo se reconoce formalmente al Consejo Europeo como una institución de la Unión Europea que define las orientaciones y las prioridades generales de la misma. Es un hito histórico ya que este Consejo refuerza la legitimidad de las decisiones políticas de la UE. El Consejo Europeo es formado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros. Su papel es definir orientaciones y prioridades políticas generales, como está establecido en el artículo 15 del TUE. Si bien este Consejo, a diferencia del Consejo de la Unión Europea, no ejerce funciones legislativas, define las orientaciones estratégicas para la agenda, con respecto a los ámbitos establecidos por el TFUE: libertad, seguridad y justicia (art. 68); materia de seguridad social (art. 48); o en materia penal (arts. 82 y 83) (Unión Europea, 2017).

Con respecto a la política monetaria, es un hito para esta que en el Tratado de Lisboa se reconoce oficialmente al Banco Central Europeo como una institución de la UE. Y con respecto al TJUE, su jurisdicción se verá extendida a todos los ámbitos políticos de la Unión Europea, con excepción de la política exterior y de seguridad común, según lo que estableció este Tratado. Con respecto a la política exterior y de seguridad común, este tratado establece la vicepresidencia de la Comisión Europea, así como también considera la creación del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, quien presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores de la UE, integrará la vicepresidencia de la Comisión Europea, y dirigirá la

Agencia Europea de Defensa. Para ello también se ha creado el Servicio Europeo de Acción Exterior, el nuevo servicio diplomático de la UE que asistirá al Alto Representante.

Como mencionábamos previamente, el objetivo principal del Tratado de Lisboa recae en el refuerzo a la democracia. Además de lo ya mencionado, que indirectamente contribuye a este esfuerzo, encontramos otras medidas dentro de este Tratado, como la Iniciativa Ciudadana, donde se pueden llevar sus propuestas a la Comisión, también empodera a los parlamentos nacionales en el momento de tomar decisiones de la UE.

Como gran novedad, este Tratado establece por primera vez el procedimiento formal de retirada de la Unión Europea, para aquellos países que así lo deseen, en el artículo 50 del TUE reformado. Este artículo ya ha sido estrenado, con la salida del Reino Unido que fue efectiva el 1 de febrero de 2020.

Por último, la UE a través de este Tratado, hace suya la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue confeccionada el año 2000, considerándolo como un elemento sustantivo más, y como un “competente inseparable de la estructura constitucional de la UE” (Bar Cendón, 2010). El TUE entonces, en su artículo 6.1, le entrega el mismo valor jurídico a la Carta que a los Tratados, por lo que es plenamente exigible. Esto corresponde a la institucionalización de una de las preocupaciones principales de la UE: la protección de los derechos fundamentales.

Desde la ratificación del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye uno de los tres instrumentos de Derecho Primario de la Unión Europea, en conjunto con el Tratado de la Unión Europea, y el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea. Ahondaremos más acerca de la Carta en el próximo apartado.

El Tratado de Lisboa constituye el último gran Instrumento de la Unión Europea, el cual le dio las herramientas para ser la Unión política y económica que conocemos hoy, y de la cual estudiaremos su sistema de protección. Esto se hará en conjunto al Consejo de Europa, donde en los próximos apartados estudiaremos ambas

instituciones europeas a través del análisis de la normativa existente y luego de las instituciones que las componen, con especial atención a la protección de los derechos fundamentales de NNA migrantes.

Normativa de protección a la infancia en el sistema europeo: un análisis histórico.

El continente europeo no es ajeno a las problemáticas asociadas con la niñez, y ha existido una evolución constante de los esfuerzos que han realizado para la protección de NNA. Estos esfuerzos han sido evidentes en la segunda mitad del siglo XX, debido a los estragos que causaron las dos guerras mundiales, y los efectos nocivos que ya se evidenciaban sobre la explotación laboral infantil. Podemos reconocer una nueva etapa jurídico-política que va a producir progresivamente mayor preocupación por el bienestar de los niños niñas y adolescentes, y la lucha por la protección y promoción de los derechos de la infancia.

La protección de los derechos humanos en el continente europeo es un tema que ha sido sin duda protagónico en su agenda política desde la mitad del siglo XX. Y este se caracteriza por ser un sistema que posee varios niveles: la protección que ofrece la Unión Europea, conformada por 27 Estados; la Convención Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa, que es de carácter vinculante para 46 Estados; y por supuesto los actores de defensa a los derechos humanos que existan en cada Estado, en su ordenamiento interno (Landau, 2012).

En este apartado realizaremos un breve análisis de la evolución normativa de los Derechos Fundamentales en el sistema europeo, deteniéndonos no solo en el Derecho primario, sino que también en documentos políticos, Comunicaciones y Estrategias de distintas Instituciones de la UE, así como del Consejo de Europa, con el enfoque que nos concierne en este trabajo: la protección a la infancia migrante.

Normativa del Consejo de Europa

Convenio Europeo para la Protección de los DD.HH. y Libertades Fundamentales.

Del seno del Consejo de Europa, nace el **Convenio Europeo Para La Protección De Los Derechos Humanos Y Libertades Fundamentales (CEDH)**, el cual fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Esta Convención recoge los principios y contenidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, para alcanzar el objetivo fundacional del Consejo de Europa, que anteriormente mencionábamos. Esta Convención es la primera realizada por el Consejo de Europa en el esfuerzo de contar con un sistema de protección regional de los derechos fundamentales tras la segunda guerra mundial para así contar con un mecanismo de reacción frente a las masivas violaciones de Derechos Humanos (Harris, O'Boyle, Bates, & Buckley, 2014).

Este convenio fue firmado por cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa. El CEDH inicia en su primer artículo reconociendo a todas las personas que se encuentren bajo jurisdicción de los Estados contratantes los derechos y libertades contenidos en el mismo. En la primera parte, en el título primero, enumera una serie de derechos que se han ido complementando con los protocolos adicionales⁹ que han sido redactados con posterioridad al CEDH. Es así como actualmente la CEDH contempla, en lo pertinente, dentro de su reconocimiento: derecho a la libertad de circulación, prohibición del trabajo forzado, prohibición de discriminación, derecho a la educación, prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, derecho a garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros. (Juri Alvarez, 2013).

En los siguientes artículos del título segundo, se crea el Tribunal de Derechos Humanos (TEDH) con el fin de garantizar el cumplimiento del CEDH. Frente al tribunal, de acuerdo con los artículos 33 y 34 del CEDH, se podrán someter cualquier asunto

⁹ A la fecha se han adoptado 14 Protocolos Adicionales. Los protocolos adicionales son textos que añaden uno o más derechos al texto inicial del Convenio o modifica sus disposiciones. Estos nuevos derechos incluidos por protocolos solo son oponibles a aquellos Estados que los hayan firmado y ratificado (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2021)

respectivo al incumplimiento presentado ya sea por un Estado parte o por una persona natural o jurídica (Amezúa Amezúa, 2004).

Si bien la Unión Europea, tal como existe hoy en día, se constituyó con posterioridad a la firma del CEDH, como ya comentamos en el apartado anterior, consideramos relevante recalcar que este Convenio fue reafirmado por el Tratado de la Unión Europea de 1992, el Tratado de Maastricht (Perez Vera, 1993), dentro del cual, en su artículo F numeral 2, se establece

“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho comunitario” (Tratado de la Unión Europea, 1992).

Ahora bien, para muchos autores, la protección de derechos humanos por parte de la Unión Europea fue en sus inicios meramente formal, al limitarse exclusivamente a reconocer los Derechos Humanos contemplados en la CEDH (Lirola Delgado, 2004). No es hasta la llegada del tratado de Lisboa en 2007 (entrando en vigencia en diciembre de 2009) que se ahonda en la protección de los Derechos Humanos el cual viene a modificar el Tratado de la Unión Europea con una nueva redacción del artículo F antes citado, estableciendo la obligatoriedad jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y la adhesión de la Unión al CEDH. Esta adhesión, en palabras del abogado Juan Juri:

“Concedería la competencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para evaluar la compatibilidad del Derecho de la Unión y de los actos de las instituciones comunitarias, con los derechos fundamentales establecidos en el CEDH; habilitando a la Unión Europea para ser demandada y eventualmente hallada culpable” (Juri Alvarez, 2013).

Podemos recoger en esta convención ciertos artículos, cuyos contenidos afectan directamente a la protección a los derechos del niño. Si estudiamos este

convenio con una perspectiva moderna de los derechos de la infancia, notamos de inmediato la ausencia de la palabra “niño, niña y adolescente”. Mas, si están mencionados los “menores”, en dos ocasiones:

En el artículo 5.1, donde se afirma que nadie puede ser privado de su libertad, si no es con arreglo al procedimiento establecido por la Ley, y en los casos estipulados en el mismo artículo quinto de esta Convención, se hace una especial mención a los NNA, en su apartado d) donde establece que

“Si se trata de la detención legal de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente” (CEDH, 1950)

Así como en el artículo 6.1, el cual se refiere al Derecho a un proceso equitativo, en un contexto de derecho procesal. Este artículo restringe el principio procesal de la publicidad para la protección de “los intereses de los menores o la protección a la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan” (CEDH, 1950).

El profesor Ocón Domingo, señala que la Convención Europea hace referencia también a la protección de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes al referirse a la libertad de pensamiento y religión, el derecho a fundar una familia, la garantía de gozar de los derechos y libertades que otorga la misma normativa sin distinción alguna de su sexo, raza, color, lengua, ni edad (Arts. 9.1; 12 y 14 respectivamente) (Ocón Domingo, 2016). Lo cierto y tremendamente problemático, es que la CEDH no menciona en ni uno de sus artículos la protección de migrantes ni infancia migrante, lo cual creemos que es un claro reflejo de la Europa posguerra, en lo relativo al flujo migratorio principalmente emisor existente en dicha época.

El solo hecho de que no esté mencionado expresamente en este instrumento no quiere decir que el CEDH deja desprotegidos a los migrantes en territorio europeo. Muy por el contrario, a través de este Convenio los Estados tienen la obligación de resguardar los derechos fundamentales y proteger a todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción. Esto se sustenta en los artículos segundo y

tercero de la Convención, donde en consecuencia, en el proceso de entrada los extranjeros deben estar protegidos contra un uso excesivo de la fuerza o contra los registros corporales inapropiados e innecesarios (Ktistakis, 2018). Es así como el TEDH en varias ocasiones ha reconocido la vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, recalcando que los que tienen un estatus migratorio irregular se encuentran particularmente propensos a sufrir todo tipo de violencias. (López Ulla, 2014).

En diversas sentencias el tribunal se ha pronunciado en cuanto a la detención de los NNA, ya que en muchos casos se da la situación de que son llevados a centros de detención de adultos, no teniendo ninguna consideración a su condición primera de niño o niña. El TEDH ha determinado esto como una violación al artículo 3º del CEDH, el cual habla de la prohibición de sometimiento a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

Carta Social Europea

El sentimiento europeo no hace más que crecer en las décadas venideras, y los gobiernos del continente realizan esfuerzos políticos para conseguir una unión más estrecha, para posibilitar la promoción de los “principios comunes europeos”, y por supuesto favorecer el progreso económico y social (Ocón Domingo, 2016). Es así como se llega en Turín, el año 1961, a la **Carta Social Europea**, impulsada por el mismo Consejo de Europa. Este documento tiene como fin lograr este anhelado progreso social mediante la defensa y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales. Lo cierto es que esta Carta, en sus inicios no era más que una copia o repetición de su precedente de 1950, no obstante, esta ha crecido en su importancia últimamente (Akandji-Kombe, 2006). Esta Carta enfocada en el reconocimiento de un gran número de derechos, junto con reafirmar derechos que quedaron impresos en la CEDH, hace referencia a niños niñas y adolescentes o a sus familias en varios artículos.

Principalmente, el artículo 7 de esta Carta, que se titula justamente “Derecho de los niños y adolescentes a protección”. Este artículo tiene como objetivo “garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes” (Carta Social Europea, 1961) comprometiéndose las partes firmantes, es decir los estados parte del

Consejo de Europa¹⁰, a 10 puntos que en general recogen el derecho de los NNA a una protección especial contra todo tipo de peligros, ya sean físicos y morales, en el contexto del desarrollo de una actividad laboral. Así como también establece como quince años la edad mínima para que los adolescentes inicien actividades laborales, limitando también que los niños y niñas en edad escolar sean empleados en trabajos que los priven de su educación, entre otros puntos muy relevantes. Adicionalmente, podemos identificar en el texto en general una perspectiva que incluye a los NNA en la totalidad del acuerdo, en los artículos 8, donde se garantiza el derecho a las trabajadoras a su protección, así como establecer la obligación de los estados parte a asegurar el descanso considerado “post” y “pre” natal, para las mujeres gestantes, asimismo que se garantice a las mujeres el tiempo libre necesario para criar a sus hijos; el artículo 16, que trata del “derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica”; y el artículo 17, que garantiza el derecho a la protección social y económica de la madre y niños, haciendo un énfasis en la necesidad de protección por parte del entorno del niño.

La Carta Social Europea innova al tratar el tema de la migración como uno de los pilares principales de la primera parte de esta, al establecer en su punto número 19 que “los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra parte contratante”. Así también, el artículo 19 de la misma se titula “derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia”, el cual trata, a través de 10 puntos, de distintas garantías que tienen como finalidad asegurar la existencia de servicios sociales, instituciones, y medidas gubernamentales que garanticen a los trabajadores migrantes un trato digno. Llama en particular la atención el punto 6 de este artículo, el cual establece que las partes firmantes se comprometen a “facilitar en medida de lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del

¹⁰ Para la confección de la Carta Social Europea, eran parte del Consejo de Europa los miembros fundadores, dentro de estos se encontraban: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido; así como también miembros posteriores como Grecia, Turquía, Islandia, Alemania, Austria y Chipre. Al 2022 el Consejo de Europa tiene 46 Estados miembros.

territorio". Es importante hacer notar la redacción de este apartado, ya que, si bien insta a los Estados a que faciliten tal reagrupación, no garantiza el "derecho a la reagrupación familiar", además de solo exigir esta facilitación en el caso de trabajadores extranjeros establecidos legalmente en el territorio (Lapiedra Alcamí, 2015). Esto dicho, no deja de ser innovador, al ser uno de los primeros Convenios Internacionales que aborda de alguna forma la reagrupación familiar como una problemática que debe ser solucionada, y que, sin mencionarlo explícitamente, se preocupa de las familias migrantes, de los niños niñas y adolescentes que migran para asegurar la reagrupación con su familia.

Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

En 1977, el Consejo de Europa confecciona el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, creado bajo el consenso de conseguir una unión más estrecha entre sus miembros, con el fin ulterior de salvaguardar y promover el respeto de los Derechos del Hombre (Consejo de Europa, 1977). Esto con el fin de asegurarle a los trabajadores migrantes que residen temporal o permanentemente en los Estados miembros del Consejo de Europa, para así asegurarles en lo posible un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales. El Convenio no se detiene exclusivamente en el trabajador mismo, sino que abarca también la promoción social y el bienestar también de los miembros de sus familias.

Este Convenio abarca un gran abanico de temas pertinentes al trabajo, desde accidentes laborales, hasta vivienda, impuestos, e incluso derechos sindicales. Nos es particularmente relevante el artículo 12 de dicho Instrumento, el cual se intitula de la reagrupación familiar. En este, le asegura en condiciones análogas al trabajador, la admisión al Estado de acogida, al cónyuge, y a sus hijos no casados mientras se les considere "menores" por la legislación pertinente, bajo la condición de que éste disponga para su familia una vivienda adecuada.

Ya más avanzada la década de los 60s encontramos convenios internacionales con respecto a los derechos de la infancia, como lo es el Pacto de los derechos

ECOSOC de 1966, el Convenio de La Haya de 1980, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing de 1985, y por supuesto la CDN de 1989.

Instituciones del Consejo de Europa en relación a la protección de los derechos de los migrantes.

El Consejo de Europa (en adelante el Consejo) la organización intergubernamental fundada por el Tratado de Londres de 1949, tiene como finalidad promover el progreso económico y social del continente europeo, estructurándose en tres pilares: Derechos Humanos, Democracia y Estado de derecho. Entre sus organismos principales encontramos al Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Comité de Ministros es el órgano ejecutivo del Consejo, integrado por los ministros de Asuntos Exteriores de cada estado miembro, o representantes diplomáticos permanentes. En esta materia, es relevante la acción del Comité con respecto a las recomendaciones periódicas que este órgano realiza a los Estados miembros.

Por su parte la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE), que reúne a 318 representantes de los parlamentos de todos los Estados miembros (Consejo de Europa, 2022), es un foro de debate en el que, a través de cuatro periodos de sesiones plenarias, emanan recomendaciones y preguntas al Comité de Ministros. Particularmente, es el Comité de Asuntos Sociales, Sanidad y Desarrollo Sostenible de la APCE la encargada particularmente en temas de la infancia, y la Comisión de Migración, Refugiados y Personas Desplazadas aquella que, tal como dice su nombre, aboga de lleno por la observación del respeto de los derechos fundamentales de los y las migrantes. La APCE también es encargada de elegir al secretario general del Consejo de Europa, así como también a los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El TEDH, creado en 1958 y dependiente del Consejo desde 1959, tiene como principal objetivo de asegurar el respeto y cumplimiento del CEDH por parte de los

Estados parte, es la más alta autoridad judicial en cuanto a la garantía de los derechos humanos en Europa. La competencia del TEDH no es automática, su jurisdicción “debe haber sido reconocida con antelación como obligatoria por los Estados miembros” (Montes Fernández, 2014). Todos los países que forman parte del Consejo de Europa han ratificado la jurisdicción de este Tribunal, por lo que las decisiones de este son vinculantes, y el incumplimiento de ello podría conllevar a la expulsión del Consejo mismo. Los requisitos de admisibilidad en este Tribunal no distan de la experiencia de otros tribunales de sistemas de protección de derechos humanos, en particular, el requisito del agotamiento de recursos internos, esto de manera que el Estado haya tenido la posibilidad de reparar la violación alegada. Además, existe un plazo de 4 meses desde la decisión judicial externa que agotó los recursos en la jurisdicción interna del país miembro. El tercer requisito dice relación con la violación alegada en sí misma, la cual para ser válida debe invocar uno o más derechos de los enunciados por el CEDH. Así el Tribunal no puede decidir sobre quejas relativas a otros derechos no contenidos en el CEDH. Por último, el demandante debe ser víctima personal y directa de esta violación al Convenio, “y debe haber sufrido un perjuicio importante” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2021).

El TEDH, para cumplir con sus objetivos, emitirá dictámenes contra los Estados miembros en el caso de violar los tratados europeos sobre derechos humanos, teniendo la legitimidad activa para presentar denuncias ante el tribunal tanto particulares como otros Estados miembros. Sobre la acción del TEDH en su labor de protección a la infancia migrante nos dedicaremos el próximo capítulo.

Si bien reconocemos que estas tres son los principales órganos del Consejo, nos parece pertinente también mencionar brevemente otras instituciones de esta organización. Tal como el Congreso de Poderes Locales y Regionales, la cual es una asamblea política creada en 1957, que está compuesto por 636 representantes electos de gobiernos municipales o regionales de los Estados miembros. El Congreso tiene una estructura bicameral, y su misión es fortalecer la democracia local y regional (Consejo de Europa, 2022).

El Comisario por los Derechos Humanos del Consejo de Europa es una institución independiente e imparcial de este organismo. Fue creado en 1999, y tiene como objetivo principal la promoción de la educación, concientización y el respeto de los DD.HH., pero su labor más importante es el trabajo en conjunto que esta institución realiza con los *Ombudsmen* nacionales (Dalhuisen, 2008). Esta conexión directa a las instituciones nacionales lo convierten en un observador privilegiado. Pero el Comisario también tiene otras funciones preventivas, como por ejemplo la “identificación de posibles insuficiencias en el derecho y la práctica de los Estados miembros, sobre la base de los instrumentos del Consejo de Europa” (Pastor Palomar, 2004). Es importante hacer notar que el Comisario no es una instancia judicial, no admite quejas individuales, aunque si puede emitir recomendaciones, opiniones e informes de las visitas a los Estados o sobre otros asuntos, teniendo como hitos dentro de sus actividades periódicas informes anuales tanto al Comité de Ministros, como a la APCE, sin ser de carácter vinculante (Salado Osuna, 2004).

Para entregarle contenido más puntual y completo, el Comisario elabora también informes temáticos, en este ámbito destacamos el trabajo que este realiza en instrumentos sobre la migración, y por sobre todo al mandato que este mismo tiene de tomar particular atención a los derechos de los NNA en todo su trabajo (Consejo de Europa, 2022).

Entre otras instituciones pertinentes del Consejo de Europa, podemos nombrar al Comité Europeo de Derechos Sociales; la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el Comité Europea para la Prevención de la Tortura y Tratamientos o Castigos Degradantes o Inhumanos; el Comité Lanzarote que monitorea periódicamente la implementación de la Convención del Consejo de Europa para la Protección de Niños Contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual; la Comisión de Venecia; el Grupo de Expertos en Acción contra el Trafico de Seres Humanos (GRETA); y el Grupo de Expertos en Acción Contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO).

Normativa de la Unión Europea

Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.

Como ya comentamos en el apartado anterior, nace la Unión Europea con el tratado de Maastricht, y desde sus inicios podemos observar el trabajo impulsado por esta misma y sus instituciones en la defensa de los derechos de sus ciudadanos. En particular, revisaremos la resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, también denominada **Carta Europea de los Derechos del Niño**, aprobada por el mismo Parlamento en julio de 1992.

En esta, se reconoce la importancia de la infancia, y su impacto en todo individuo, así como las circunstancias del entorno familiar y social determinan la vida posterior de adulto. Siguiendo esta línea, en el considerando letra B, la Carta estima a la familia y su estabilidad como fundamentales para el desarrollo del niño, poniendo el énfasis en las necesidades específicas que deben satisfacerse y proteger. Para la Carta, estos deberes generan “derechos para los niños y deberes para los padres, el Estado y la sociedad” (Parlamento Europeo, 1992).

Es relevante esta Carta para nuestro estudio, ya que hace referencia a niños niñas y adolescentes originarios de países terceros, es decir países que no son parte de la Unión Europea, mas, toma precauciones ya que solo integra a aquellos cuyos padres sean residentes legales en alguno de los Estados Miembros, pero incluyendo siempre a los refugiados y los apátridas residentes. En particular, establece que los NNA, que residan en algún Estado Miembro, deberán gozar de los mismos derechos enumerados, siempre de acuerdo con la legislación nacional de donde residen, y “sin perjuicio de las limitaciones que para alguno de estos derechos pudieran resultar del ordenamiento comunitario” (Parlamento Europeo, 1992).

Como mencionábamos, la Carta reconoce a la familia como el pilar social fundamental en el bienestar del niño, pero esto no lo hace de una perspectiva exclusivamente conservadora. Sino que, al reconocer que todo niño tiene derecho a una familia, padres, o en su defecto a gozar de personas o instituciones que los sustituyen, la Resolución en cuestión recoge dentro de sus apartados la protección del

NNA en caso de separación, nulidad o el divorcio de los padres. Haciéndose también cargo de mandar a los Estados miembros a establecer o crear los mecanismos necesarios para velar por el futuro de los huérfanos, teniendo siempre como pilar el núcleo familiar. Se refiere con esto a preservar la unidad de los que pertenezcan a una misma familia.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño.

El siglo XX, y en especial su segunda mitad, fue primordial para los derechos de la niñez, como hemos podido evidenciar, tanto en el sistema internacional como en el continente europeo. Para culminar en este avance, el Consejo de Europa gesta un nuevo convenio, para complementar lo ya aprobado recientemente, pero puntualmente fue redactado para convertirse en un complemento europeo de la CDN. Este tiene como objetivo principal “facilitar el ejercicio de los derechos material del menor, atendiendo a su interés superior, creando y reforzando ciertos derechos procesales” (García Cano, 2000). Este Convenio entra en vigor el año 2000, y es conocido como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño.

Elaborado en 1996, este Convenio es considerado como el último y más importante trabajo del Consejo de Europa en la protección y promoción de los derechos de los niños niñas y adolescentes del siglo XX. Culminando así, la tarea que emprendió este órgano, a fines del siglo pasado. Este Instrumento cumple lo que prometía y se asemeja a la CDN, según García Cano, ya que ambos instrumentos organizan el régimen de protección de los NNA, proclamando los derechos de estos desde una perspectiva de ser sujeto de derechos. La gran diferencia que los separa, según la autora, es el tipo de derechos que proclama cada Instrumento: la CDN trata derechos esencialmente materiales o sustantivos, mientras que el Convenio europeo trata de derechos procesales (García Cano, 2000).

Tal como los instrumentos previamente analizados, el ámbito de aplicación del Convenio se reduce a los NNA, identificados como aquellos sujetos que no han alcanzado los 18 años, y así se apresura en establecerlo este Instrumento. Este consta de cinco capítulos, que corresponden a primero, el ámbito de aplicación y objeto del

Convenio; el segundo dedicado a las medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos del niño; el tercer capítulo, en el cual se establece un Comité Permanente cuyo objetivo es examinar y enmendar el mismo convenio, pero sobre todo proporcionar asesoramiento y asistencia a los organismos nacionales que deberán hacer valer lo adoptado según el mismo Convenio; y los capítulos cuarto y quinto que se refieren a las mismas enmiendas del convenio y sus cláusulas finales respectivamente.

Sin hacer un análisis exhaustivo de dicho Convenio, este tiene como objetivos, como mencionábamos, el otorgarle derechos procesales y de esta forma, lograr hacer efectivo el ejercicio de una batería de derechos, en los cuales encontramos el derecho a ser informados y poder expresar sus opiniones en los procesos que les conciernen, el derecho a ser informados también de las posibles consecuencias de cualquier decisión tomada en su caso; el derecho a elegir y designar a sus propios representantes, y el derecho a ser asistido por un abogado. Como podemos observar, este Convenio está íntimamente relacionado con el derecho procesal de familia, y la creación de instituciones que deben ser creadas al nivel nacional para asegurarle estos derechos a los NNA.

Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia.

La Comisión de las Comunidades Europeas, a través de una comunicación que fecha del año 2006, COM (2006)367, releva la importancia de lograr una estrategia regional sobre los Derechos de la Infancia, con el objeto de promoverlos y protegerlos efectivamente, tanto en la política interior y exterior de la Unión, brindando un apoyo regional a los Estados miembros (Comisión de las Comunidades Europeas, 2006). Consideramos relevante esta comunicación, lo suficiente para mencionarlo en este trabajo, ya que constituye una clara directriz para el siglo XXI, en la cual deja establecido la importancia de los derechos de la infancia para la Unión Europea. Sin olvidar sus compromisos estratégicos de la Unión, esta nunca olvida su vinculación con los intereses del mundo, alineando su agenda con los Objetivos del Desarrollo del Milenio.

Europa reconoce su nueva posición mundial en este siglo, donde es considerada un modelo a seguir en el momento de la creación de políticas públicas, debido a aquello la adopción de medidas concretas se hace imperativo para sus políticos. Con respecto a migración, esta comunicación es clara en observar y problematizar la vulnerabilidad que existe respecto a la infancia migrante, lo que hace urgente monitorear y avanzar sin perder de vista esta arista. Esta comunicación, establece estructuras que tienen como fin robustecer las instituciones de la UE, estableciendo mecanismos de coordinación y consulta eficientes, creando instituciones como el Foro Europeo de los Derechos del Niño, así como también envistiendo al Coordinador de la Comisión para los Derechos del Niño, y el Grupo Inter servicios de la Comisión, el cual tiene el papel de hacer un seguimiento constante a fin de garantizar la eficacia de los programas relativos a los derechos de la infancia (Comisión de las Comunidades Europeas, 2006). Esta estrategia podría considerarse como una antesala directa a la estrategia Europa 2020 de la Comisión Europea, en materia de derechos de la infancia.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El año 2010 la Comisión aprueba la “estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea”. Si bien esta Carta fue redactada el año 2000, no es sino hasta el **Tratado de Lisboa** que se ratifica, y no es hasta el primero de diciembre del 2009 que entra en vigor. Esta Carta significa una nueva etapa del proyecto de integración europeo, adoptando un catálogo de derechos fundamentales que son jurídicamente vinculantes para sus Estados Miembros (Hamulák, 2018). La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, es un documento en el que se recogen los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos. Es considerada como un hito en la historia de la Unión Europea al recoger derechos que se encontraban previamente en Instrumentos que ya comentamos en este trabajo, o incluso en constituciones nacionales de los distintos Estados miembros, de las cuales no se habían hecho cargo anteriormente.

La Carta se compone de cincuenta y cuatro artículos distribuidos en siete títulos: “Dignidad”, “Libertades”, “Igualdad”, “Solidaridad”, “Ciudadanía”, “Justicia”, y

“Disposiciones de interpretación y aplicación”. Y dentro de su título tercero “igualdad”, se incluyen los derechos de la infancia como un derecho fundamental jurídicamente vinculante para todos los Estados Miembros. El artículo 24 intitulado “Derechos del niño”, en su primer numeral determina que “los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2010), estableciendo una consideración primordial al interés superior del niño en todos los actos relativos a los niños que lleven a cabo autoridades públicas o instituciones privadas, haciendo una referencia implícita y obvia la CDN de 1989. Y por último este artículo hace hincapié en la importancia del núcleo familiar, para el desarrollo de los NNA, al referirse al derecho de mantener relaciones personales y directas con los progenitores del niño o niña. Esto en conexión directa con el artículo 33 de la misma Carta, donde se garantiza la protección de la familia en todo ámbito. En este respecto, el Instrumento en cuestión evita la mención del reagrupamiento familiar, pero tal como hemos mencionado, este derecho se ha ido regulando y protegiendo en distintos Convenios y Directivas de la Unión. Y asimismo es como lo ha recogido la jurisprudencia del TJUE, ponderando siempre primero el interés superior del niño (TJUE, 2006)

Lo relatado en el párrafo anterior merece que nos detengamos a considerar que ningún tratado fundacional comunitario había logrado lo que hace esta Carta. Es decir, es la primera vez que un Instrumento de esta magnitud proclama explícitamente su respeto por los derechos de la infancia (Mangas Martín, Comentario al Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2008). Sin embargo, esta ausencia no detuvo al Consejo ni al Parlamento Europeo de profundizar en la materia, como podemos observar en los distintos Instrumentos que hemos estudiado en este mismo trabajo.

La autora Mangas Martín nos advierte que no es baladí que en la mayoría de los Instrumentos que hemos estudiado de Europa, incluso de aquellos del siglo XXI, se utiliza el término “niño”, para referirse a la infancia, y esta Carta no es excepción. No se puede obviar que la utilización de dicho término no es más que una preferencia sexista, cuando existen términos en la lengua española que habrían podido ser

utilizados, como es “infancia” (Mangas Martín, Comentario al Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2008).

Sin pretender hacer un estudio profundo a esta Carta, es relevante detenernos a analizar brevemente si este Instrumento, que, si bien establece una nueva etapa en la historia de la UE, significó un cambio sistemático en el enfoque a los derechos sociales, o si más bien es un hito simbólico. De acuerdo con lo estudiado por el profesor checo Ondrej Hamulák, la respuesta recae en realizar un examen minucioso a la Carta de los Derechos Fundamentales, debido a puntos críticos que tienden a atenuar el acceso universal a los derechos fundamentales. Primero por la falta de precisión que existió en la inclusión de los derechos sociales, pasando incluso por alto algunas categorías ya reconocidas en otros Instrumentos, incluso existiendo, según el autor, una reducción de los estándares de protección de estos derechos que ya habían sido correctamente identificados en la Carta Social Europea. Y la mayor falencia que se le encuentra, dice relación con el uso extendido de las “cláusulas condicionales nacionales”, que influye en relación con la gran parte de los derechos contenidos en el título cuarto, que “plantea la cuestión de si cualquier enfoque supranacional a estos derechos es siquiera posible” (Hamulák, 2018).

Plan de acción sobre los menores no acompañados 2010-2014 de la Comisión Europea

A través de una Comunicación COM (2010)213, la Comisión Europea alerta al Parlamento y al Consejo del importante desafío que plantean los NNA no acompañados y su creciente entrada al continente europeo, y la necesidad imperante de establecer un plan de acción que contemple toda la institucionalidad al ingresar en la década del 2010. La Comisión para ello, realiza un diagnóstico de los distintos programas existentes, concluyendo que los esfuerzos anteriores quedaban cortos al establecer como principal mecanismo de solución el retorno de los niños niñas y adolescentes migrantes no acompañados a su Estado de origen. Este organismo tras este análisis establece que el retorno es solo una de las posibles opciones a las que puede llegar el Estado destino, empero, la cuestión es más compleja y

multidimensional y no existe una solución estándar para todos los casos (Comisión Europea, 2010).

A través de esta comunicación, se expone la necesidad de una estrategia que tenga mayor coherencia y cooperación, tanto en la UE misma y los Estados Miembros, como con los países de origen y tránsito. Por lo mismo, la Comisión considera que las normas de la CDN deben ser tomadas en cuenta ante cualquier acción relativa a los NNA no acompañados, usando sin duda los instrumentos legislativos y financieros de la UE que digan relación con esta materia también, recalcando la primacía en cualquier acción del “interés superior del niño”.

Esta estrategia cimienta la acción de la UE en la primera mitad de la década recién pasada, gracias a los 4 pilares en los que se basó. El primer gran pilar que detalla la Comisión corresponde al trabajo de recopilación de información y estadísticas, para poder disponer de una evaluación clara basada en estos datos completos, fiables y comparables (Comisión Europea, 2010). Esto se logra a través de una ejecución del máximo de la capacidad que permite el Reglamento sobre estadísticas de la UE, recopilando así datos completos sobre NNA no acompañados. También exige a la UE y a sus Estados miembros a utilizar todos los organismos y redes existentes para mejorar la recopilación y el intercambio de información.

El siguiente pilar se refiere primordialmente a la prevención de la migración insegura y la trata de seres humanos. Para ello, la Comisión estima que solo puede lograrse con una relación estrecha entre la misma Unión Europea y los terceros países, invirtiendo asimismo en el aumento de las capacidades de protección en aquellos países que históricamente han actuado como países “de origen”.

El tercer pilar dice relación con el acceso a las garantías procesales que debe entregar la Unión a partir del primer momento en que se detecte un NNA no acompañado ya sea en las fronteras o ya en el territorio europeo. La Comisión prevé que no existen mecanismos para designar un representante que se le asigne automáticamente a un niño no acompañado, ya que hasta la fecha solo existía este mecanismo para aquellos que solicitaban asilo. Es por ello que se requiere acción

legislativa del Parlamento Europeo para adoptar normas más exigentes con respecto a aquello, y de la misma forma, asegurar que la legislación de la UE se aplique correctamente. Con respecto a los organismos de la UE que se desarrollan en el ámbito de la migración, específicamente se requiere a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX por su nombre en francés *Frontières Extérieures*) que fortalezca su programa de formación a los guardias de fronteras, un módulo específico para identificar estos casos, y que proporcione asistencia técnica de igual modo a autoridades fronterizas de terceros países. Por último, en este pilar se destaca la importancia de la evaluación de la edad y el rastreo de la familia. La evaluación de la edad es fundamental para poder accionar todos los mecanismos antes mencionados, desencadenando así una serie de garantías procesales y jurídicas que van asociadas a la migración de NNA. De similar importancia es también el rastreo de la familia, recordando la relevancia del principio de garantía de la unidad familiar.

Por último, la Comisión es clara en determinar que deben existir soluciones duraderas con respecto a la migración de NNA no acompañados, que consisten en: El retorno y la reintegración en el país de origen; La concesión del estatuto de protección internacional u otro estatuto jurídico que permita a los NNA integrarse adecuadamente en el Estado miembro de residencia; y finalmente el Reasentamiento. Es importante recalcar que cualquier decisión tomada por un Estado miembro debe siempre fundarse en el interés superior del niño.

COM (2011)60 de la Comisión europea: Una agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño

En febrero del año 2011, la Comisión Europea envía una comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo de Europa, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, es decir, los eslabones más robustos de la institucionalidad europea, la necesidad de una Agenda de la UE para consolidar la protección de los NNA en la región (Comisión Europea, 2011). Esta Comunicación nace de la necesidad de cumplir con la directriz que diseñó la Comunicación del año 2010 recién señalada, así como con distintos compromisos que la misma Comisión ha tomado, incluyendo la Comunicación del año 2006 que mencionamos anteriormente. Sumando también, a

los objetivos que suscribió la misma Comisión Europea a través de la Estrategia Europa 2020. Esta Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, que postulan a través de esta comunicación, tiene como objetivo el erigir el compromiso de todas las Instituciones de la UE, y sus Estados, para “promover, proteger, respetar los derechos del niño en todas las políticas permanentes de la UE” (Comisión Europea, 2011).

Esta agenda se configura en tres grandes pilares: El primero apodado “Principios Generales”, en la cual se pretende afianzar el compromiso de la Unión con los derechos de la infancia, aplicando un enfoque coherente entre los distintos Tratados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y la CDN de 1989. El segundo punto de esta hoja de ruta hace un llamado hacia una acción concreta de la UE en favor de los niños, a través de “justicia accesible a los niños”, en la cual postula medidas concretas en materia de justicia civil y penal: la adopción de una propuesta de Directiva sobre los derechos de las víctimas vulnerables, el apoyo y fomento del desarrollo de actividades de formación para los jueces en lo que se refiere a la participación óptima de los NNA en los sistemas judiciales, entre otras. En este punto, la UE no olvida su influencia más allá de sus fronteras, y remarca la necesidad de promover y proteger los derechos de NNA también en su acción exterior, sobre todo en aquello referido al trabajo infantil, a los niños y niñas involucradas en conflictos armados, y la erradicación del turismo sexual infantil. Por último, el tercer punto dice relación con la participación y sensibilización de los niños y niñas, reconociendo que la UE debe facilitarles la oportunidad de manifestar sus opiniones y ser partícipes en las decisiones que les afectan.

Agenda Europea de la Migración.

El año 2015 la Unión Europea, a través de su Comisión, reconoce la importancia que existe en combatir la miseria humana que se observa en los procesos migratorios, en especial con respecto a quienes explotan a los migrantes. En esta agenda, se pretende reunir un gran abanico de medidas que la UE tenía que adoptar inmediatamente en el corto plazo, así como también en los años venideros. A través de esta, la Comisión Europea hace notar la urgencia de una nueva agenda para el problema migratorio, lo cual no es coincidencia conociendo las dramáticas situaciones

que experimentaba la frontera sur de la Unión, donde la Comisión misma llama la atención acerca de “la tragedia vivida por miles de migrantes que ponen sus vidas en peligro para cruzar el Mediterráneo” (Comisión Europea, 2015). No es una dramatización sin fundamentos la que hizo la Comisión, teniendo en consideración que, en la década del 2010, la tasa de muertes en la ruta migratoria del Mediterráneo central alcanzó un 19%. En palabras crudas, uno de cada cinco migrantes perdió la vida intentando llegar a Europa (D'angelo, 2018).

¿Por qué Europa es un destino que vale tamaño riesgo? Según la misma Comisión Europea, el continente se ha convertido un refugio seguro y lleno de oportunidades para estudiantes y trabajadores, que, por su posición geográfica logra ser un destino codiciado por personas que deben dejar sus países de destino a causa de guerras, crisis, repercusiones de la pobreza, y las múltiples razones que abordamos en el primer capítulo de este trabajo. La Comunicación que llama a las instituciones de la UE a defender los “valores y compromisos internacionales, asegurando al mismo tiempo la protección de nuestras fronteras, y crear al mismo tiempo las condiciones propicias para la prosperidad económica y la cohesión social de Europa” (Comisión Europea, 2015).

La Comisión plantea, para lograr este difícil desafío, la implementación de tres distintas estrategias a través de esta agenda: “Acción Inmediata”; “Mejor Gestión de la Migración”; y finalmente “Próximos Pasos”. Las cuales analizaremos brevemente a continuación.

Tal como dice su nombre, la estrategia de Acción Inmediata pretende responder de forma rápida y eficiente a la crisis migratoria que se repite en la cuenca del mediterráneo. Estas medidas tienen como fundamento el consenso en favor de gestiones inmediatas para salvar vidas humanas y para intensificar la actuación de la UE. Estas primero consisten en la inversión hacia operaciones de rescate y salvamento en el mar Mediterráneo (operaciones Tritón y Poseidón de FRONTEX). Estos esfuerzos irían en conjunto con el combate focalizado a las redes delictivas de traficantes de personas, redoblando los esfuerzos realizados ya por FRONTEX y Europol. Por último, dentro de la estrategia cortoplacista evaluada, se

institucionalizaría un sistema permanente de reubicación y reasentamiento para liberar la presión que resisten los Estados fronterizos, repartiendo así la responsabilidad entre todos los Estados miembros.

En segundo lugar, la estrategia para una mejor gestión de la migración reconoce la necesidad de establecer un plan de trabajo a largo plazo para lograr el equilibrio adecuado en la política migratorio. Este equilibrio en particular, y así lo transparenta dicho Instrumento, es una posición política del ex presidente de la Comisión Europea Jean-Claude Juncker (2014-2019), donde expresa que debe existir en Europa una firme lucha contra la migración irregular, los tratantes y traficantes de seres humanos, la protección y seguridad de las fronteras de Europa, pero que debe ir de la mano con una política común de asilo, y una sólida política en materia de migración legal (Comisión Europea, 2015). Para esto, la Comisión propone cuatro pilares:

- 1) La reducción de los incentivos a la migración irregular: Con esto, la Unión Europea no pretende solucionar todos los problemas existentes en el mundo y erradicar la migración irregular, pero es un esfuerzo de cooperación exterior para fortalecer la institucionalidad y proyectos de ayuda al desarrollo en aquellos países que así lo estime la Unión. Esto también viene de la mano con una cooperación en la investigación y desmantelamiento de las más grandes redes delictivas de traficantes de migrantes. Por último, fortaleciendo la institucionalidad europea para reforzar la política común en materia de Retorno, ya que se considera la actual como ineficaz: robusteciendo a las delegaciones de la UE desplegadas en distintos territorio en materia migratoria, a fin de que los terceros países cumplan sus obligaciones en materia de readmisión de sus nacionales. Lo que vino igualmente con una modificación de la base jurídica de FRONTEX, en materia de retorno.

- 2) Gestión de las fronteras: Sumadas a las gestiones de emergencia ya mencionadas anteriormente, la Comisión consolida su acción con la creación de una norma de la Unión para la gestión de las fronteras, que

deberá ser construida de tal forma que abarcaría todos los aspectos de la gestión de los pasos fronterizos exteriores de la UE. Es prioritario para la Unión reforzar el cometido y la capacidad de FRONTEX, reforzar también la coordinación de la UE en materia de vigilancia costera, así como también ayudar directamente a terceros países con respecto a su capacidad de estos terceros países para gestionar sus fronteras, especialmente en los países al norte de África.

- 3) Una política común de asilo sólida: Esto a través de un nuevo sistema de seguimiento y evaluación del Sistema Europeo Común de Asilo, y reevaluando las disposiciones y normas vigentes hasta ese momento que digan relación al asilo.

- 4) Nueva política de migración legal: No es secreto que Europa se encuentra en una posición de competencia con otras grandes potencias mundiales, y esto se ve traducido en la atracción de estudiantes o trabajadores altamente cualificados. Es en aquello donde la UE quiere apuntar a través de esta agenda. Plantea entonces, la modernización y actualización de la Directiva sobre la tarjeta azul¹¹, revisión de distintos tratados migratorios, junto con una actuación más decidida a fin de equilibrar las políticas de migración y de desarrollo.

Por último, en el punto final de esta Agenda, llamado “próximos pasos”, se hace recordatorio a modo conclusión de los últimos 2 pilares que ya conocemos, entregando un mandamiento a las instituciones a avanzar por aquel camino. Esto sobre todo con respecto a una modificación importante al sistema Europeo Común de Asilo, una gestión compartida de la frontera europea, así con la creación de un nuevo modelo de migración legal.

¹¹ La tarjeta azul es un permiso especial diseñado para atraer a profesionales altamente cualificados que estén interesados en trabajar en Europa (ETIAS, 2022).

Comisión Europea: Comunicación del 2017 hacia una “protección de los menores migrantes”.

Debido al tema principal de este trabajo, dentro de este breve recorrido normativo se hace especialmente importante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo redactado en Bruselas en abril del año 2017, el cual tiene como título “Protección de los menores migrantes”. En esta, la Comisión Europea da cuenta de lo útil que ha resultado para la ejecución de políticas públicas a nivel europeo, el Plan de acción sobre los menores no acompañados, y la misma Agenda Europea de la Migración. Teniendo en cuenta las actuales políticas y legislaciones ya vigentes, la UE es tajante en declarar que los esfuerzos deben ser reforzados. Por ello, se redacta esta estrategia de protección a los NNA migrantes, entendiendo que la protección a este grupo vulnerable se trata de proteger también a los valores europeos de dignidad, solidaridad y el respeto irrestricto a los derechos humanos (Comisión Europea, 2017).

Por tanto, el objetivo de la Comunicación consiste en proponer una serie de medidas para dar respuesta a las carencias de protección de los NNA y las necesidades a las que estos se enfrentan una vez llegan al continente europeo. La Comisión, para lograr una estrategia robusta y efectiva, aborda las causas en 6 puntos:

1) Reforzando aún más la acción exterior de la UE:

Este punto no es una innovación, considerando que ha sido parte de los últimos Instrumentos que hemos revisado. Y no es coincidencia, esto se refiere a la importancia que entrega la Comisión Europea a la política exterior de la Unión Europea, así como también la profunda convicción que existe en su seno de resolver las “causas profundas” que conducen a la migración irregular con destino hacia Europa. Esto consiste en reforzar la cooperación con los países socios de la UE, con el fin de apoyar el desarrollo de mecanismos de protección de NNA en todos los ámbitos de las políticas públicas, así como comprometerse en la difusión de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

En concreto, se refiere a intensificar campañas de sensibilización acerca de los peligros e intensas dificultades que existen en las rutas migratorias irregulares, en conjunto a operaciones de ayuda humanitaria financiadas por la Unión Europea.

2) Identificación y protección rápidas y completas:

Este punto es considerado como fundamental en la protección a NNA migrantes irregulares, en especial aquellos no acompañados, mas no únicamente. A diferencia del punto anterior, este se refiere a un mecanismo de protección el cual se aplicaría después de la llegada del NNA a Europa, que consiste en su identificación y registro. Este proceso es de suma relevancia, sobre todo en la batalla contra la explotación y trata de menores. Consiste, como decíamos, en el registro de la edad, el sexo, los acompañantes de existir, y nacionalidad o condición de apátrida. Seguido de un registro completo por parte de personal especializado, que consiste por su parte en la recolección de impresiones dactilares y datos biométricos.

Por ello, la Comisión fomenta y promueve la creación de protocolos y procedimientos para informar sistemáticamente en caso de la desaparición de algún NNA.

3) Acoger adecuadamente en la Unión Europea:

Acoplándose perfectamente con el punto anterior, este se refiere a las condiciones de acogida para NNA migrantes luego de su llegada al continente europeo, y posterior a su identificación y registro. No se refiere solo a un alojamiento seguro y apropiado, sino que también “todo el apoyo necesario para garantizar el interés superior del niño y su bienestar” (Comisión Europea, 2017). Con esto se refiere, según la propia Comisión, a una representación independiente, acceso a la educación, acceso a la salud, apoyo psicológico, en conjunto con actividades de ocio y otorgarle facilidades para su correcta integración.

4) Garantizar un acceso rápido y efectivo a los procedimientos de determinación del estatus y de aplicación de las garantías procedimentales:

Este punto dice relación con la necesidad de garantizar el acceso a la información, la representación legal y la tutela, el derecho a ser oído, el derecho a la tutela judicial efectiva, y a las evaluaciones de edad multidisciplinarias. Con ello, la comisión diagnostica una deficiencia importante en los sistemas de tutela en algunos Estados Miembros, por lo que crea la Red Europea de Tutela. Así como también reconoce importantes problemas en materia de determinación de la edad, por lo que la Comisión decide fortalecer al Sistema Europeo Común de Asilo y actualizar sus orientaciones en esta materia, asegurándose que este proceso sea igual de exhaustivo en toda Europa, así como que sea realizado con perspectiva multidisciplinaria, de género y no invasiva.

5) Garantizar soluciones duraderas:

Siguiendo una línea similar a la establecida en la primera medida de esta misma Comunicación, la Comisión Europea tiene como meta la estabilidad de la protección de los derechos de los NNA, por lo que sostiene la importancia de avanzar en políticas públicas que aseguren las condiciones de normalidad y estabilidad para toda la infancia en Europa. La Comisión, para lograr su objetivo ordena “promover la integración de los NNA mediante la financiación disponible y el intercambio de buenas prácticas para abordar el acceso no discriminatorio a servicios públicos” (Comisión Europea, 2017). Además de solicitar a los Estados Miembros que garanticen desde la llegada del NNA a Europa, la igualdad en el acceso a la educación, y a que se desarrollen protocolos y programas específicos para el apoyo e integración de estos. Que se proporcione acceso a servicios de salud, y se fomenten políticas relacionadas a la integración.

6) Acciones Transversales: Respeto y garantías del interés superior del niño; un uso más eficaz de la información, los resultados de la investigación, la formación y la financiación:

La Comisión Europea postula que el interés superior del niño ha de ser tomado en cuenta como una consideración prioritaria en la construcción de toda política pública, cualquiera sea el foco principal de ella. El diagnóstico es tajante al determinarse que esto no se cumple, y no existen las herramientas en todos los Estados Miembros para incorporarlas en el sentido multidisciplinario que se exige (Comisión Europea, 2017). Por ello la Unión Europea debe aportarlas a través de apoyo operativo y también con financiamiento focalizado para este fin.

La Comisión comprende la importancia que tienen las legislaciones internas de los Estados Miembros en garantizar la protección a los NNA migrantes, al estar sin duda en la primera línea de acción. Por lo que las medidas que integran la Comunicación que analizamos, están maquinadas para entregar apoyo en materias fundamentales como formación, orientación, apoyo operativo y financiación.

Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño del año 2021

Por último, revisaremos la Estrategia de la Unión Europeo sobre los Derechos del Niño, la cual fue presentada al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, y a los Comités Económico y Social Europeo y de las Regiones en marzo del año 2021, como una respuesta a la exigencia del 13º Foro Europeo sobre los Derechos del Niño, celebrado en 2020, sobre la necesidad de una estrategia europea que promueva particularmente la participación de los niños en las decisiones que los afectan.

La Estrategia admite que los avances logrados por la UE en materia de derechos del niño han sido importantes, debido a las medidas políticas, y principalmente la colaboración entre los Estados Miembros. Asimismo, al entrar en esta nueva década, la Estrategia tiene como objetivo principal la consolidación de estos esfuerzos, y avanzar en resolver los retos persistentes, como así estar

preparados para cualquier eventualidad que pudiera poner en peligro los derechos de niños niñas y adolescentes en Europa.

Cuando la Estrategia se refiere a los “inminentes riesgos actuales” a lo largo del Instrumento, se remite principalmente a los grandes desafíos que significó la pandemia de COVID-19 en la juventud, existiendo un aumento considerable de la violencia doméstica contra niños, casos de abuso y explotación en línea, y la cruda exposición de la desigualdad existente en la sociedad (Lobe, Velicu, Staksrud, Chaudron, & Di Gioio, 2021).

La Estrategia del 2021 pretende ser una continuación directa de la Estrategia de la UE sobre los derechos de la infancia del 2006 y del 2011, las cuales ya analizamos. Fundamentándose también en la CDN, normas del Consejo de Europa, y contribuciones del Parlamento Europeo, y de los Estados miembros, y como comentamos, el Foro Europeo de los Derechos del Niño del año 2020, así como los Objetivos para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas. Por lo que se presenta como un Instrumento robusto que a través de actuaciones específicas en seis ámbitos teóricos definirán las prioridades de actuación de la Unión Europea en los próximos años, particularmente la primera mitad de la década en curso.

1) Participación en la vida política y democrática: una UE que empodere a los niños para ser ciudadanos y miembros activos de sociedades democráticas.

El primer ámbito teórico dice relación, tal como dice su nombre, con la inclusión de los niños y niñas en la decisiones políticas. Para ello, la Estrategia llama a promover y mejorar la participación “inclusiva y sistémica de los niños a escala local, nacional y de la Unión Europea” (Comisión Europea, 2021). Al efecto, se anuncia la creación de una nueva plataforma de participación infantil de la UE, en conjunto con el Parlamento Europeo y organizaciones de defensa de los derechos del niño.

En este ítem se ha considerado el lenguaje como fundamental para lograr que los niños y niñas de menor edad puedan comprender fácilmente las materias a las cuales se les van a consultar o invitar a participar: a través del desarrollo de versiones de las Carta de los Derechos Fundamentales y otros instrumentos de la

UE en formato accesible e inclusivo adaptado a niños. Así como en la creación de espacios especiales para que los niños participen activamente, en especial en aquellos que versan sobre el medio ambiente sostenible, el clima y energía.

2) Inclusión socioeconómica, salud y educación: una UE que combata la pobreza infantil y promueva sociedades y sistemas educativos y sanitarios inclusivos y adaptados a los niños.

Existe un profundo problema de pobreza infantil en la Unión Europea, que, a pesar de estar en su nivel más bajo registrado en la historia, las cifras no dejan de ser preocupantes para la Comisión Europea, ya que esta se traduce directamente en una profunda desigualdad de oportunidades, lo que sucede incluso en países con bajos niveles de pobreza y exclusión social (European Union Agency for Fundamental Rights, 2018). Como plan de acción, la Estrategia propone un trabajo en conjunto a través del Pilar Europeo de Derechos Sociales, estableciendo la Garantía Infantil Europea.

Por otro lado, es igual de relevante garantizar el derecho a la atención sanitaria a todos los niños y niñas, lo cual la Estrategia recoge y para ello propone intensificar la vacunación para prevenir enfermedades graves y contagiosas. Así como también la creación de programas que promuevan una alimentación saludable junto con actividad física, para reducir riesgos de enfermedades futuras. La Comisión también pone énfasis en los problemas de salud mental en niños y la promoción de tratamientos adecuados para estos. Se hace un especial hincapié en como la niñez migrante es a menudo la más vulnerable a problemas de salud mental debido a situaciones de gran estrés resultante de la migración misma.

Por último, con respecto a la construcción de una educación inclusiva y de calidad, la directiva que entrega la Estrategia va en la senda de garantizar el acceso a una educación no segregada, de calidad, mediante un trato no discriminatorio con respecto al origen racial o étnico, religión, discapacidad, sexo y la orientación sexual.

3) Combatir la violencia contra los niños y garantizar la protección de la infancia: una UE que ayude a los niños a crecer sin violencia.

La violencia contra los niños está muy extendida, y ha visto un aumento en los últimos años, la cual, según el Instrumento analizado, tiene como gatillante la pandemia de COVID-19 en determinadas formas de violencia, como la doméstica. De igual forma, la violencia en las escuelas y entre iguales no deja de ser frecuente (Comisión Europea, 2021). Es de especial preocupación para la Comisión, la violencia contra los niños y niñas migrantes, ya que estos se encuentran expuestos a riesgos de abuso, para la cual se remite a la directriz plasmada en la Comunicación de 2017 sobre la Protección de los menores migrantes, que analizamos previamente.

Para combatir la violencia contra los niños, la Estrategia postula la presentación de diversas propuestas legislativas a nivel europeo, como también instar a que los Estados miembros adopten legislaciones para prohibir castigos corporales en todos los contextos, y por sobre todo mejorar el funcionamiento de los sistemas de protección de NNA a escala nacional, estableciendo teléfonos de asistencia.

4) Justicia adaptada a los menores: una UE cuyo sistema judicial defienda los derechos y las necesidades de los niños.

Los procedimientos judiciales en los que participan NNA deben ser lugares seguros y eficaces, para que dicha participación pueda ser de forma eficaz. Para ello la Comisión, en conjunto con el Consejo de Europa, coinciden en la necesidad de que dichos procedimientos sean adaptados a la edad del NNA participante, a sus necesidades, y donde siempre prime su interés superior. Es así como el mismo Consejo estableció directrices y un marco en el cual los sistemas judiciales nacionales deben desarrollar esta materia (Consejo de Europa, 2011). Asimismo, la Comisión diagnostica un retroceso importante en materia de justicia, con el motivo de la pandemia de COVID-19, debido al retraso o interrupción de diversos procedimientos judiciales que causó esta.

Por ello, la Comisión propone reforzar las directrices del Consejo de Europa; proporcionar apoyo financiero a proyectos destinados a proteger los derechos de los NNA migrantes; desarrollar sólidas alternativas a la acción judicial, y de solución alternativa de conflictos; contribuir a la formación de profesionales de la justicia especializados en materia de derechos del niño y de justicia adaptada a los niños; y mejorar la cooperación en los casos con implicaciones transfronterizas.

5) Sociedad digital y de la información: una UE donde los niños puedan navegar con seguridad por el entorno digital y aprovechar sus oportunidades.

No hay duda de que la era digital y el uso de las nuevas tecnologías han sido un nido de nuevas oportunidades en todo el planeta, y los niños no son excepción a ello. Es más, las nuevas generaciones ingresan al entorno digital desde una edad muy temprana, lo que puede ser positivo ya que el uso de estas herramientas tiene grandes ventajas en su desarrollo. Ahora bien, la Comisión advierte que la presencia de niños en línea aumenta su exposición a contenidos perjudiciales o ilícitos, incluyendo materiales de explotación sexual, incitación al odio e incluso información falsa.

En el último tiempo, con la pandemia de COVID-19, el tiempo que pasan los NNA en línea aumentó significativamente, lo que acrecentó la necesidad de acción por parte de las autoridades europeas para combatir los problemas que suscitan en dichas actividades digitales.

En esa línea, se desarrollaron instrumentos jurídicos e iniciativas políticas para la protección de los derechos del niño en el entorno digital¹², en conjunto al nuevo Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027). Así, la Comisión en esta Estrategia, se abre a actualizar la política de una “Internet mejor para los niños”.

¹² Entre las cuales podemos nombrar la Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y pornografía infantil 2011/93/UE; la Decisión Marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, 2208/913/JAI; la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, 2018/1808/UE; la Comunicación sobre la lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo, COM(2018)236M; entre otras.

6) Dimensión mundial: una UE que apoye, proteja, y empodere a los niños de todo el mundo, también durante las crisis y los conflictos.

Como ya es habitual en las Estrategias de la Unión Europea, una pieza clave siempre será la acción exterior. En esta ocasión, esto se funda a través del compromiso de la Unión de promover, proteger, cumplir y respetar los derechos del niño no sólo dentro de sus fronteras, pero establecerlo como un compromiso mundial. Lo cual demuestra la ambición de la UE de ser un actor mundial clave en este aspecto. Para promover este punto en el panorama global, la Estrategia contempla acciones claves como proporcionar asistencia técnica a los países socios, apoyando monetariamente a sectores globales más vulnerables, y la lucha constante contra el trabajo infantil.

7) Integración de una perspectiva infantil en todas las acciones de la UE.

Si bien este no es uno de los ámbitos temáticos y teóricos de la Estrategia, es una pieza fundamental de ella. Si bien no es una novedad, y lo hemos visto en los últimos Instrumentos que hemos revisado, sigue siendo de suma relevancia para lograr una protección comprensiva de los derechos de los NNA. En esta ocasión, la Estrategia consta con la creación de la Red de la UE para los Derechos del Niño, la cual contribuirá a la integración y coordinación de iniciativas a nivel nacional y comunitaria.

Podemos observar cómo al pasar de los años existen más comunicaciones, resoluciones, e instrumentos provenientes de las distintas instituciones de la UE abogando por una mayor protección a la infancia, y particularmente a la infancia migrante, la cual históricamente solo se tocaba tangencialmente. Podemos concluir que esto se debe no solo al robustecimiento de la institucionalidad europea, y por consecuencia de la Unión Europea misma, sino que también a los grandes cambios del flujo migratorio que han materializado a este continente como el destino por excelencia. A través de las resoluciones y comunicaciones que aúnan y convocan a

todos los Estados Miembros, se logra eficazmente proteger a los grupos vulnerables, o a lo menos sentar directrices para los organismos de cada Estado. Así como fortalecer a los propios órganos de la UE, y establecer bases para la creación y regulación de órganos y agencias dedicadas a la protección de los derechos fundamentales. Sobre estos los estudiaremos a continuación.

Instituciones de la Unión Europea en relación a la protección de los derechos fundamentales.

Ya hemos ahondado acerca de la Unión Europea, su historia e incluso su normativa en materia de derechos fundamentales. En este apartado, nos dedicaremos a estudiar sucintamente sus organismos y agencias de protección, con especial atención al aporte que estos realizan a la protección de los Derechos Humanos de los NNA migrantes.

A modo de reiteración, recordemos las principales instituciones de la UE, las cuales se encuentran enumerados en el artículo 13 del TUE, en el siguiente orden: el Parlamento Europeo, cuyos miembros son electos democráticamente y de manera directa; el Consejo Europeo, integrado por los veintisiete jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros; el Consejo de la Unión Europea, integrado por representantes de los Estados miembros con rango ministerial (por lo mismo solía ser conocido como Consejo de Ministros); la Comisión Europea, integrada por representantes de los Estados miembros elegidos por el Presidente de la misma Comisión, al crear su gabinete; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; el Banco Central Europeo; y el Tribunal de Cuentas.

El TUE establece mecanismos especiales en casos de violaciones graves a los valores de la UE. Estos valores se encuentran establecido en su propio artículo 2, entre los cuales figuran el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos. Para la institucionalidad de la UE, una violación a estos principios fundamentales de la Unión justifica una reacción importante (Parlamento Europeo, 2022).

El artículo 7 del TUE establece dos mecanismos de acción con distintas causales para su uso: las Medidas Preventivas (art. 7.1) y el Mecanismo Sancionador (art. 7.2). Las Medidas Preventivas corresponden, como dice el artículo, a cuando existe un riesgo claro de una violación grave de los valores de la Unión Europea. En este caso el proceso puede activarse ya sea por un tercio de los Estados miembros en el Consejo de la UE, a petición de la Comisión Europea, o del Parlamento Europeo. Luego, para continuar su procedimiento, la mayoría absoluta de los eurodiputados debe aprobar dicha Medida Preventiva. Al lograrse, el Estado miembro afectado debería dirigirse al Consejo de la UE en una audiencia extraordinaria con ese único fin, en la cual el Consejo debe determinar si existe un riesgo claro de violación y aprobar las sanciones propuestas, por mayoría de cuatro quintos de sus países miembros.

Por otro lado, el Mecanismo Sancionador podrá ser activado cuando se produzca una violación reía y persistente de los valores enunciados en el artículo 2 del TUE. Este consiste en dos fases, la primera inicia por la activación de dicho mecanismo, ya sea por un tercio de los Estados miembros en el Consejo de la UE, o por propuesta de la Comisión Europea, en este caso el Parlamento no puede elevar la solicitud de activar el mecanismo, pero si es tarea de los eurodiputados aprobar por dos tercios de los votos dicho procedimiento. De aprobarse, el Estado miembro afectado puede enviar observaciones antes de que se adopte la decisión, y es en este caso el Consejo Europeo el encargado de tomar la decisión por unanimidad de sus miembros. De aprobarse iniciaría la segunda fase de este mecanismo, el cual está establecido en el artículo 7 inciso tercero, en la cual el Consejo de la UE decidirá la sanción al país miembro, que puede llegar tan lejos como la suspensión de ciertos derechos de este, incluyendo incluso el derecho de voto en el Consejo de la UE y el Consejo Europeo. De todas formas, para aprobación de dichas sanciones, se requiere de la aprobación al menos el 72% de los Estados miembros, quienes deben obligatoriamente representar al 65% de la población de la UE, en el Consejo de la UE.

El ejercicio de estas sanciones ha sido activado en contadas ocasiones, lo cual deja mucho que desear con respecto a su efectividad. Últimamente, ha sido utilizado en 2018 contra Hungría y el Parlamento se encuentra estudiando una propuesta en

relación con Polonia, pero ninguna ha llegado a la etapa final sancionatoria de ninguno de estos procedimientos (Klaus-Jörg, 2007).

El Parlamento Europeo, como hemos estudiado en este trabajo, es la asamblea legislativa de la UE que cumple su función en conjunto con el Consejo de la UE y la Comisión Europea, es elegida directamente por los ciudadanos de los Estados miembros. Como institución principal de la Unión no nos sorprende que la defensa de los derechos fundamentales sea uno de sus pilares fundacionales, declarando que la lucha por el respeto de los DD.HH. y profundización de la democracia no es solo una tarea interna del Parlamento Europeo, sino que también la promoción de estos en otros países. Es una pieza clave dentro del entramado comunitario, lo cual fue fuertemente reforzado en el Tratado de Lisboa, siendo la institución más fortalecida por el mismo (Esquer, 2022).

Dentro del mismo Parlamento existe institucionalidad con tareas específicas en materia de protección de los Derechos Humanos, en particular encontramos la Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño, que, rigiéndose por el principio del interés superior del niño, busca la promoción y protección de los derechos de dicho grupo en todas las políticas y legislación de la UE. Así, es responsable de:

“-Actuar como punto de central de contacto para supervisar y promover activamente los derechos de los menores en las políticas de la Unión, garantizando la coherencia y la visibilidad de las acciones del Parlamento en este ámbito;

-Promover la mediación transfronteriza en los litigios familiares internacionales;

-Servir de punto central de información para los ciudadanos de la Unión que se ven envueltos en casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores u otros litigios familiares transfronterizos.” (Parlamento Europeo, 2022).

La Coordinadora es una oficina permanente dentro de la UE, y tal como dice su misión, es el reflejo del compromiso de esta organización supranacional con el reconocimiento y protección de los derechos del niño.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) creado en 1952 y con sede en Luxemburgo, constituye la autoridad judicial de la Unión. Integrado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, como ya mencionamos anteriormente, tiene como funciones principales: el control de la legalidad de los actos de las instituciones de la UE; velar porque los Estados respeten las obligaciones que constan en los tratados; y también interpretar el Derecho de la UE, esto último a solicitud de los jueces nacionales. Acerca de esta institución ahondaremos en el siguiente capítulo.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) tiene sus inicios en el año 2007, creada para proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias de la UE y a los Estados miembros ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales cuando estas apliquen el Derecho de la Unión, según el propio Reglamento (UE) N.º 2022/555 del Consejo de la Unión Europea, que modifica dicha agencia (Consejo de la UE, 2022). Lo cierto es que también podemos encontrar, dentro de sus funciones, la recogida, análisis de información y datos, la realización de investigaciones focalizadas, publicación de informes temáticos, y puntualmente la redacción de un informe anual sobre derechos fundamentales en la Unión (Marzocchi, 2022).

Con respecto a su trabajo en los derechos de la infancia la FRA inició sus trabajos inmediatamente luego de ser creada, desarrollando indicadores para lograr medir a través de datos el respeto a los derechos de NNA en la Unión Europea, para así focalizar el trabajo de la promoción de estos. Es así como esta Agencia, basándose en estos indicadores, recolecta datos y publica informes periódicos precisamente sobre el tráfico o trata de niños, y acerca de NNA en búsqueda de asilo luego de haber sido separados de sus familias en procesos migratorios (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022).

Con respecto a su labor en los derechos de la infancia la FRA inició sus trabajos inmediatamente luego de ser creada, desarrollando indicadores para lograr medir a través de datos el respeto a los derechos de NNA en la Unión Europea, para así focalizar el trabajo de la promoción de estos. Es así como esta Agencia, basándose en estos indicadores, recolecta datos y publica informes periódicos precisamente sobre el tráfico o trata de niños, y acerca de NNA en búsqueda de asilo luego de haber sido separados de sus familias en procesos migratorios (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022).

En migración, la FRA trabaja tanto respecto de migración regular como irregular. En la primera, el enfoque es asegurar la integración del migrante, en especial de los NNA y su acceso a la educación. Con respecto a la migración irregular, el trabajo de la Agencia se enfoca en el monitoreo del retorno forzoso en los Estados miembros, y en el caso de NNA, la protección y defensa de aquellos niños en detención por su situación migratoria, con especial atención a las condiciones de las instalaciones (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2017). La FRA trabaja muy de cerca con el Consejo de Europa, la ONU, la OSCE, organizaciones de la sociedad civil, instituciones nacionales de derechos humanos, todos los órganos de la UE, así como también sus agencias especializadas, como lo es FRONTEX.

FRONTEX, o la Agencia Europea de Costas y Fronteras, fue creada en 2004 con la finalidad de ayudar a los Estados miembros y a los países asociados a Schengen¹³ en la difícil misión de proteger las fronteras exteriores del espacio de libre circulación que caracteriza al continente europeo. Si bien FRONTEX es una agencia de la Unión Europea, existen países miembros de esta misma que se encuentran excluidas de su campo de acción al no pertenecer al acuerdo Schengen.

Esta Agencia fue creada, y recientemente fortalecida (Deleixhe & Duez , 2019), en vista del alto flujo migratorio que ha experimentado la UE en estos últimos años,

¹³ Acuerdo firmado en el año 1990 entre 26 países de Europa, por el cual suprimen los controles fronterizos entre ellos, existiendo libre circulación de las personas entre estas. Los países firmantes corresponden a España, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Chequia, Eslovenia, Suecia y Suiza.

desde el fin de la Guerra Fría, sumado al auge del terrorismo que experimenta también el continente como consecuencia a las políticas exteriores del bloque (Léonard, 2010).

FRONTEX no es una agencia exenta de críticas, en especial por activistas pro-migrantes, y ONGs de derechos humanos, así como también expertos en la materia migratoria. Esto debido a su papel fundamental en el hermetismo de fronteras europeas. Los más críticos definen a esta Agencia como una “organización de carácter mayoritariamente paramilitar/parapolicial al servicio de la Unión Europea”, agregando que esta “obstaculiza frontalmente la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (de Naciones Unidas), como el fin de la pobreza, el hambre cero, la reducción de las desigualdades o la paz y la justicia” (Ariño, 2022).

Por otro lado, los defensores de las prácticas de la Agencia justifican las acciones herméticas, ya que quedaría demostrado que las actividades de FRONTEX han efectivamente protegido a Europa, facilitando una migración y el asilo a refugiados, a través de un sistema ordenado y resguardando las fronteras del continente (Léonard, 2010).

La Agencia se caracteriza por la ejecución y despliegue de distintas operaciones ordenadas directamente por el Consejo de la UE, con grandes presupuestos y discursos políticos, que poco han logrado resolver las dramáticas situaciones que acontecen en las fronteras de Europa. Si bien estas misiones no tienen contemplado el salvamento de personas en peligro en el mar, se entiende que deben prestar ayuda de todas formas, pero no deja de ser problemático que la agencia de protección de fronteras de la UE no disponga la protección de la vida de personas que corren riesgos mortales. Asimismo, algunas ONG acusan a la Unión de “descuidar las acciones coordinadas de búsqueda y rescate con el fin de que los migrantes no traten de cruzar el Mediterráneo desde Libia” (Soler García, 2022), teniendo evidencia la clara introducción de la Decisión (PESC) 2021/542 del Consejo, de 26 de marzo, la cual señala que la Operación Irini no se ocupará de la inmigración por la zona geográfica en la cual se encuentra desplegada dicha delegación.

Esta despreocupación por los seres humanos que migran por el difícil pasaje que es la cuenca del Mediterráneo ha significado un sinfín de críticas a la agencia europea. Críticas que se han visto acrecentadas por la intensa relación de cooperación que existido entre las llamadas Patrullas Libias, de la Guardia Costera de dicho país, con FRONTEX. Una relación eficiente y brutal que se ha traducido en la captura marítima y detención en tierra de un gran número de migrantes, que, gracias a la cooperación tecnológica de la UE en conjunto con estas patrullas, han logrado una disminución drástica de los migrantes que llegan a la costa de Europa (Urbina & Galvin, 2021).

Las contradictorias reacciones que surgen del trabajo de esta Agencia no causan real sorpresa, ya que responde a un debate político protagónico en Europa. La ponderación entre la seguridad de las fronteras y los Derechos Humanos de los migrantes pareciera crear una verdadera dificultad para la Unión Europea y su institucionalidad.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA EUROPEO

En este apartado de la investigación se hace relevante ahondar en algunos casos respecto de los cuales se han pronunciado tribunales europeos en relación a vulneración de derechos de NNA, en específico cuando se trata de migrantes en situación de irregularidad.

Como ya hemos relatado en los párrafos anteriores, en la UE existen varios cuerpos normativos en relación a los Derechos Humanos, por lo que surge la pregunta de si existe interacción entre ellos o una suerte de interdependencia. En específico entre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Al interiorizarnos en el texto mismo de ambos tratados, evidenciamos que ambas se inspiran en iguales principios e incluso, la Carta de Derechos Fundamentales, que tiene un origen posterior, cita como fuente de inspiración al CEDH. Sin embargo, se genera el conflicto respecto a que existen dos tribunales competentes para conocer de asuntos en materia de Derechos Humanos, sin que exista entre ellos uno jerárquicamente superior al otro ni un sistema de coordinación entre los mismos (Lopez Guerra, 2017).

Estos tribunales que existen conjuntamente son: 1) El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE); y 2) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del cual hablamos sucintamente en el capítulo anterior.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Ubicado en Luxemburgo, es el encargado de interpretar el Derecho de la Unión Europea esto, como se establece en la página de la fundación Acción pro-Derechos Humanos:

“para garantizar una interpretación uniforme en todos los países miembros, además de asumir otras funciones como la resolución de conflictos jurídicos

entre los Estados y las instituciones de la UE o la resolución de denuncias de particulares, empresas u organizaciones por acciones u omisiones de instituciones de la UE, o de sus agentes, contrarias al Derecho de la Unión Europea” (García Espinar, 2022)

A pesar de que su función no está destinada directamente al resguardo de los derechos fundamentales, el TJUE interviene en casos de vulneración de los mismos gracias a que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE forma parte del derecho de la Unión Europea junto con la demás legislación que la compone.

El TJUE, se ha pronunciado respecto de los derechos de niñas y niños principalmente sobre la base de cuestiones prejudiciales. Como lo dice el Manual de legislación europea sobre los derechos del niño “se trata de un procedimiento en el que un juzgado o tribunal nacional solicita al TJUE su interpretación sobre una cuestión de Derecho primario de la UE (es decir, los Tratados) o de Derecho derivado (resoluciones o legislación) relevante para un asunto planteado a nivel nacional ante el órgano jurisdiccional nacional en cuestión” (European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, 2022).

A continuación, revisaremos algunos de los casos para realizar un análisis de las determinaciones que ha tomado el Tribunal:

Baumbast and R contra Secretary of State for the Home Department - Caso C-413/99. Sentencia del Tribunal de 17 septiembre de 2002. (TJUE, 2002)

En este caso se solicita el pronunciamiento del tribunal en relación al artículo 12 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo¹⁴, respecto de las siguientes interrogantes:

¹⁴ Reglamento (CEE) No 1612/68 Del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

Artículo 12: Los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio. Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones.

- *Los hijos de un ciudadano de la UE que son ellos mismos ciudadanos de la UE y se han instalado en un Estado miembro durante su enseñanza primaria mientras su padre ejercía su derecho a residir como trabajador en dicho Estado miembro del que no es nacional ("país de acogida") ¿Tienen derecho a residir en el país de acogida para seguir en el curso de enseñanza general, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo? ¿Qué ocurre en caso de que su progenitor ya no sea trabajador en el país de acogida? ¿Qué ocurre cuando los hijos no son ciudadanos de la UE?*
- *Cuando los hijos disfrutan del derecho a residir en el país de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68, ¿debe interpretarse la obligación, que incumbe al país de acogida, de "fomentar las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones" en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de los hijos ("primary carer"), sea o no ciudadano de la Unión, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio del mencionado derecho, con independencia de que su padre ya no sea trabajador en el país de acogida*

Sobre la primera cuestión, el TJUE hace las siguientes observaciones:

En primer lugar, que tanto los Gobiernos del Reino Unido como alemán (Estados involucrados) reconocen de acuerdo al reglamento mencionado, el derecho a la educación del hijo de un trabajador migrante aun cuando los progenitores abandonen el Estado miembro.

El tribunal recuerda a los solicitantes que el Reglamento n.º 1612/68 exige para el cumplimiento de su objetivo que se garantice el respeto a la libertad y dignidad junto con condiciones óptimas de integración de la familia del trabajador en el Estado miembro de acogida.

En este contexto, el tribunal considera que es indispensable que el hijo del trabajador tenga acceso a la escolaridad con el objetivo de concluir sus estudios con éxito.

Así, llega a la conclusión de que el citado artículo no puede ser interpretado en sentido restrictivo remitiéndose solo al momento en que el progenitor esté realizando un trabajo, sino en sentido amplio. En esta misma línea, el derecho del cual disfrutaban el/la cónyuge del trabajador migrante y sus hijos, se extiende también a los hijos que tenga el/la cónyuge, no solo a los hijos comunes.

En relación a que ocurre si los hijos no son por sí mismos ciudadanos de la UE, esto no implica un cambio en el derecho a acceso a educación toda vez que de igual manera se consideran familiares y por tanto tienen derecho a residir junto con el trabajador.

De la segunda cuestión declara que a pesar de que los progenitores que tengan custodia sobre sus hijos ya no sean trabajadores migrantes en el Estado de acogida, se debe facilitar su residencia a fin de que sus hijos puedan ejercer el derecho de acceso a la educación.

Si bien en esta sentencia el TJUE no se refiere a un cuerpo normativo particular de Derechos Humanos, trata la materia de Derecho a la educación, que por cierto tiene vital relevancia en cuanto a protección de los derechos de NNA migrantes.

El razonamiento tiene integrado por un lado el principio de no discriminación al establecer el acceso a educación en iguales condiciones que los nacionales junto con considerar que este derecho se extiende también a los hijos del/ de la cónyuge; y por otro el principio de interés superior del niño al privilegiar el acceso de los NNA a la educación y su continuidad sin importar que sean o no ciudadanos de la UE y posibilitando a quienes tengan su custodia el permiso de residencia mientras continúen estudiando.

Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea, Caso C-540/03.
Sentencia del tribunal de 27 Junio de 2006. (TJUE, 2006)

En este caso el Parlamento Europeo interpone un recurso de anulación del artículo 4, apartados 1, último párrafo y 6, y del artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo Europeo sobre el derecho a la reagrupación familiar.

El argumento del Parlamento va enfocado a que estas disposiciones no son acordes a los derechos fundamentales, en específico el derecho a la vida familiar y el principio de no discriminación (por razón de edad) contenidos el CEDH y en los principios generales del derecho comunitario.

Al respecto, el Parlamento Europeo considera que el respeto de la vida familiar implica la reagrupación. Además de que, si están involucrados niños, el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, mandata tener en consideración primordial el interés superior del niño. Además de mencionar todos los convenios internacionales suscritos en el marco de Naciones Unidas.

Por su parte el Consejo afirma que la UE no ha firmado ningún convenio internacional de los mencionados por el Parlamento, además de considerar que el principio de interés superior no es un derecho absoluto en relación a la reagrupación, solo entrega directrices.

Respecto del artículo 4 apartado 1, el TJUE considera que el último apartado no perturba al derecho fundamental de la vida en familia ni ningún principio rector de los Derechos Humanos. Ya que recalca que en materia de migración no existe obligación a los Estados de admitir en su territorio a los miembros de una familia, sino que pueden tener un margen discrecional para examinar las solicitudes y ponderar en cada caso las aristas del conflicto. Sumado a esto el Tribunal estima procedente tener presente el artículo 5 apartado 5 sobre interés superior del niño y el artículo 17 que obliga a los Estados a tomar en cuenta los vínculos familiares del solicitante.

Igualmente, al analizar el artículo 4 apartado 6, el TJUE explica que establecer la edad de 15 años no vulnera el principio de discriminación en razón de la edad

y que tampoco en la norma se autoriza expresa o tácitamente a violar este principio.

Finalmente, respecto del artículo 8, no impide la reagrupación, sino que otorga a los Estados la posibilidad de evaluar la solicitud sin que esto signifique que el periodo de máximo 3 años no considere las situaciones particulares y de riesgo de cada caso.

Por todo lo anterior, se desestima el recurso, demostrando que la UE “ha obrado tradicionalmente con cautela al asignar un valor determinante a la Convención sobre Derechos del Niño, en particular, en ámbitos políticamente más sensibles como el control de la inmigración” (European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, 2022). Esto pone de manifiesto que aún sigue existiendo una disputa entre la soberanía de los Estados en cuanto a control de sus fronteras y admisión de extranjeros a sus territorios versus la protección de NNA.

Dynamic Medien Vertriebs GmbH contra Avides Media AG, Caso C-244/06, Sentencia del Tribunal de 14 de febrero de 2008 (TJUE, 2008)

Si bien este caso no merece un análisis exhaustivo de sus considerandos dado que no toca en ningún punto la situación de NNA migrantes, nos parece importante recalcar que se trata de la única sentencia en que el TJUE ha apelado y se ha referido directamente a la Convención sobre Derechos del Niño como criterio de interpretación del Derecho de la Unión Europea cuando se trata de NNA. En particular, el tribunal fundó su resolución en el artículo 17 de la CDN (European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, 2022).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH también conocido como el “Tribunal de Estrasburgo” por su ubicación geográfica, tiene la labor de conocer y juzgar los asuntos presentados tanto por Estados como individuos que tengan relación con aplicación e interpretación del CEDH.

La evolución del CEDH ha sido posible en parte por los protocolos adicionales, pero también y muy especialmente gracias a la labor interpretativa del Tribunal frente a sus disposiciones, lo que ha convertido al Convenio en un instrumento vivo, que va en sintonía con la protección de los derechos fundamentales.

Al ser un tribunal enfocado netamente en materia de Derechos Fundamentales, cuenta con vasta jurisprudencia en la materia de derechos de los NNA. A continuación, analizaremos algunos casos:

Pomaryovi contra Bulgaria, nº 5335/05, sentencia de 21 de junio de 2011

En contexto, este fue un caso presentado ante el TEDH en el cual dos hermanos, Anatoly Vladimirovich Pomaryov y Vitaliy Vladimirovich Pomaryov, de nacionalidad rusa (demandantes), alegan haber recibido un trato discriminatorio por parte del Estado de Bulgaria (demandado), ya que a diferencia de los nacionales búlgaros y ciertas categorías de migrantes, fueron obligados a pagar una tasa para cursar sus estudios secundarios.

En este caso, la madre de los demandantes de iniciales A.P contrajo matrimonio con un hombre de nacionalidad búlgara cuando los niños eran muy pequeños tan solo 7 y 5 años, así fue que se le otorgó permiso de residencia a ella y por consiguiente ambos hijos pudieron habitar en Bulgaria gracias a la residencia de su madre, sin embargo, no contaban con un permiso de residencia propio.

Los demandantes accedieron a la educación en Bulgaria sin mayores complicaciones, hasta que a mediados del año 2005 y por órdenes del Inspector Regional del Ministerio de Educación de Bulgaria, el director de la escuela a la cual asistían ordenó a uno de los demandantes el pago de 800 euros y al otro

de 1300 euros por concepto de tasas escolares al ser extranjero sin permiso de residencia permanente, so pena de prohibición de asistir a clases junto con impedirle obtener certificado de finalización del nivel que cursaba.

Los demandantes solicitaron la revisión judicial de la orden del director. El Tribunal Regional, al analizar el asunto, estuvo de acuerdo con la exigencia de pago de la tasa escolar por parte de los hermanos declaró ilegal solo la segunda parte de la orden referente a el otorgamiento de certificado del nivel cursado durante el año. Esta sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo, el cual afirmó que no se vulneraba el derecho de acceso a la educación ya que los extranjeros que no contaran con un permiso de residencia permanente podían acceder a esta pagando la tasa, siendo el pago de las tasas un requisito imperante para asistir a clases, pero no para denegar concesión de certificado.

En este caso el TEDH recopila las disposiciones normativas relativas a la materia tanto de derecho interno como del derecho internacional. Dentro del derecho internacional, en lo pertinente, el tribunal considera al artículo 2.1 y artículo 28.1 en específico las letras a), b) y c) de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 17 de la Carta Social Europea.

En cuanto al CEDH, los demandantes alegan la violación del artículo 14 de la misma y el artículo 2 inc. 1 de su Protocolo adicional nº 1.

Analizados los hechos el Tribunal da cuenta de que no es su labor determinar si los Estados tienen o no la potestad de cobrar o no por la educación, sino que establecer si una vez que el Estado ha decidido otorgar educación gratuita, puede negar este beneficio a un grupo de personas.

El TEDH comprende que las políticas de cobro de tasas para acceso a servicios públicos básicos pueden llegar a ser necesarios para frenar la migración irregular. Sin embargo, se observa que los demandantes no ingresaron ilegalmente al país reclamando posteriormente el uso de servicios educacionales por lo que *“cualquier consideración relacionada con la necesidad*

*de detener o revertir el flujo de inmigración ilegal claramente no se aplica al caso de los demandantes*¹⁵ (TEDH, 2011).

En este mismo sentido, el Tribunal destaca que los demandantes no tuvieron libertad real de elección en cuanto a ir a un determinado país y acceder a la educación.

Por lo anterior y otros argumentos contenidos en la sentencia es que el TEDH es de opinión que no existía una justificación para el cobro de tasas para acceder a educación en el caso de los demandantes.

Finalmente, en la sentencia se establece que efectivamente hubo una violación del artículo 14 del CEDH y también del artículo 2 inc. 1 condenando por tanto al Estado de Bulgaria al pago de un monto de dinero a ambos demandantes por concepto de indemnización de perjuicios por daño moral.

Rahimi contra Grecia, nº 8687/08, sentencia del 5 de abril de 2011

Este caso fue presentado al TEDH por Eivas Rahimi (demandante) ciudadano afgano contra el Estado de Grecia. En él se alega particularmente la violación de los artículos 3, 5.1, 5.2, 5.4 y 13 del CEDH.

El contexto del caso es el siguiente: tras la muerte de sus padres, debido a conflictos armados y viendo su vida en peligro, en 2007 el demandante abandonó Afganistán ingresando a territorio griego sin contar con los documentos necesarios para ingresar regularmente. En ese mismo instante en que intentó ingresar fue detenido por policía de la zona quienes ordenaron su prisión preventiva mientras se tramitaba su expulsión definitiva del territorio.

El sr. Rahimi expone en su demanda que al momento de la detención tenía tan solo 15 años y no se encontraba acompañado por padres o tutor. Comenta que fue registrado corporalmente por las autoridades sin contar con un intérprete

¹⁵ Traducción libre extraída de la sentencia del TEDH en el caso Ponomaryovi contra Bulgaria de fecha 21 de junio de 2011.

profesional que le explicara lo que estaba ocurriendo ni fue informado de la posibilidad de recibir asilo político o si quiera de los derechos de los cuales era titular. Tampoco se indagó en sus antecedentes más allá de su nombre y su edad lo cual no fue considerado como un factor de especial vulnerabilidad por parte de las autoridades. Comenta que la única ayuda que recibió fue de un compatriota de iniciales N.M que igualmente había sido detenido y hablaba un poco de inglés.

Al día siguiente se ordenó la expulsión del señor N.M. La orden de deportación contenía la frase *“acompaña a su primo menor de edad”* haciendo referencia al demandante.

El demandante estuvo internado en el centro de detención para migrantes ilegales de Pagani en la isla de Lesbos el cual era un recinto para adultos sin condiciones básicas de salubridad y protección adecuadas para NNA.

Finalmente, el demandante, con la ayuda de la organización no gubernamental Arsis, solicitó asilo político el cual fue rechazado y hasta el momento de la presentación del caso ante el TEDH aún no se había resuelto su apelación.

En su análisis el TEDH destaca un gran número de normativas constitucionales y legales de Grecia, así como textos internacionales pertinentes, entre ellos la Resolución 1707(2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Detención administrativa de solicitantes de asilo y migrantes irregulares en Europa¹⁶, La Recomendación CM/Rec (2007) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre proyectos de vida para menores migrantes no acompañados¹⁷; la Recomendación de la Asamblea

¹⁶ La Asamblea Parlamentaria establece en su Resolución 1707 del 28 de enero de 2010 la excepcionalidad de la detención de tanto solicitantes de asilo como migrantes en situación irregular. En el caso de que sea imperante la detención, las personas deberán ser tratadas con dignidad y respeto a sus derechos (derecho a la información, salud, asistencia legal, seguridad, etc) (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 2010).

¹⁷ El Comité de Ministros del Consejo de Europa plantea como principales puntos, en lo pertinente, que el proyecto de vida de los NNA y en este caso en particular de NNA migrantes no acompañados, para convertirse en personas independientes y activas de la sociedad implica que durante su infancia, deben protegerse el desarrollo personal, vivienda, salud, formación académica del niño o niña primando siempre su interés superior (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2007).

Parlamentaria del Consejo de Europa 1703 (2005) sobre la protección y ayuda a los niños separados de sus padres o tutores que buscan asilo¹⁸, entre otros, junto con la CDN en sus artículos N.º 3, N.º 10, N.º 22 y N.º 37, finalmente se destacan los artículos 3 y 13 de la CEDH.

En este caso hay un hecho base en el cual las partes discrepan, que es el vínculo que existía entre el sr. N.M y el demandante. Luego de un exhaustivo análisis el Tribunal llega a la conclusión de que esta relación fue establecida por las autoridades de Grecia y que no tenía asidero. Por lo anterior se trataría de un caso de un NNA no acompañado lo cual volvía más grave el contexto del demandante ya que con la excusa de que se encontraba acompañado por su primo, el Gobierno no designo tutor al demandante.

El artículo 3 de la CEDH establece la prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes. Según el TEDH para que sea aplicable este artículo, el trato debe alcanzar un mínimo de gravedad lo cual va a depender del análisis de las circunstancias particulares del caso. Debido a que la detención naturalmente genera un sufrimiento es que no se puede considerar esta por si sola como una vulneración de Derechos Fundamentales. En el caso en cuestión, no era tan sencillo determinar la violación a este artículo ya que no existían antecedentes que reafirmaran que el señor Rahimi hubiese sido detenido con adultos o no, ni tampoco tenían conocimiento cierto de las condiciones del recinto. Por lo anterior la Corte recurre a informes de organizaciones internacionales en las cuales se describen las inhumanas condiciones a las que eran expuestos los inmigrantes detenidos en el Centro Pagani. Sumado esto al hecho de que las autoridades no se hicieron cargo del demandante como NNA no acompañado. Es así como a pesar de haber estado solo 2 días en Pagani,

¹⁸ En las partes pertinentes de este texto, la Asamblea hace hincapié en la vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA y con mayor razón aquellos que se encuentran en un país extranjero al que solicitan asilo separados de sus padres o tutores. Por esta razón se les debe asignar inmediatamente un tutor que se encargue de resguardar sus intereses y garantice su bienestar. Asimismo, deben ser ubicados en centros de acogida y cuidados adaptados a su edad y madurez (Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, 2005).

se considera violado el artículo 3º de la CEDH, por este carácter relativo y de análisis caso a caso que habíamos mencionado más arriba.

Por su parte el artículo 13 del CEDH otorga el derecho a un recurso efectivo de carácter nacional cuando exista una vulneración de los derechos humanos. Con todos los antecedentes mencionados en autos, el TEDH concluyó que el Estado igualmente había incumplido la obligación establecida en este artículo de la Convención.

En el marco de la demanda, la Corte analiza los hechos a la luz del artículo 5.1 f), 5.2 y 5.4 sobre excepción para detener a una persona a fin de impedir su ingreso irregular al territorio; sobre el derecho a recibir información de los motivos de su detención y la posibilidad de revisión de la legalidad de la detención respectivamente.

Atendiendo el artículo 5.1 letra f), el Tribunal reafirma que “los Estados disfrutan del derecho innegable de ejercer un control soberano sobre la entrada y residencia de extranjeros a su territorio”¹⁹ (TEDH, 2011). Sin embargo, la detención debe ser lícita y para esto es fundamental que no sea arbitraria²⁰. En este punto el tribunal sopesa la detención ordenada por las autoridades al demandante quienes a su juicio no tuvieron en cuenta el interés superior del niño²¹ (art. 3 CDN) ni tampoco la excepcionalidad con que es aplicable la detención de los menores de edad (art 37 CDN). A los ojos del tribunal esta detención sumado a las condiciones del centro Pagani, distan mucho de la Buena fe por lo que se entiende ilícita la detención violando lo dispuesto en el artículo 5.1 letra f).

¹⁹ Traducción libre de la sentencia emitida por el TEDH el 5 de abril de 2011 en el caso Rahimi contra Grecia.

²⁰ De la jurisprudencia del TEDH se desprende que para no ser acusado de arbitraria una detención, esta debe haberse realizado de buena fe, buscando efectivamente impedir el ingreso irregular de una persona, además el lugar de detención debe contar con condiciones adecuadas además de no perpetuar la detención por más tiempo del razonable para su objetivo. Al respecto Saadi contra Reino Unido, N.º 13229/03 del 29 enero de 2008.

²¹ En la jurisprudencia del TEDH, existe amplio consenso desde 2010 respecto de la idea de que en todas las decisiones relativas a NNA el interés superior de los mismos tiene prioridad por sobre todas las cosas. Al respecto Neulinger y Shuruk contra Suiza, Nº 41615/07 del 6 de julio de 2010.

Se observa, además, que en la práctica el demandante no pudo tomar contacto con ningún abogado, considerando también que solamente se le entregó un folleto informativo que contenía sus derechos y recursos redactados en idioma árabe, toda vez que la única lengua que conocía el demandante era la Farsi. Frente a esto la Corte evidencia que a pesar de existir recursos y que estos pudieran ser efectivos, el demandante no hubiera podido ejercerlos en ningún caso, ya que se hacía imposible su comprensión. Es así como se determina igualmente la violación de los artículos 5.2 y 5.4 del Convenio y se condena al Estado de Grecia al pago de indemnización por daño moral.

A través de estudios, diversas agencias como la *Fundamental Rights Agency* (FRA) y *Quaker Council for European Affairs* han demostrado que la detención de NNA migrantes tanto acompañados como no acompañados, es una práctica generalizada en los países de la UE pero que a su vez no se lleva un registro minucioso de la misma por lo que está silenciada (The United Nations Human Rights Regional Office for Europe, 2019). Naturalmente la detención tiene un impacto negativo en el desarrollo de las personas, en especial cuando esta se da en un contexto de vulnerabilidad como el que se encuentran NNA. Al ser detenidos, no solo se priva de libertad, sino que se limita el acceso a educación y salud muchas veces no contando con condiciones mínimas de dignidad.

Es así como el TEDH sienta precedentes en su jurisprudencia en cuanto a los deberes de los Estados para con los NNA migrantes no acompañados los cuales deben ser respetados a pesar de su estatus migratorio. El caso expuesto no es el único en el cual el tribunal ha asimilado la detención de NNA, dadas las condiciones que se repiten en la mayoría de los casos llevados ante el tribunal, a la práctica de tortura y trato inhumano o degradante²². Como el mismo TEDH lo ha dicho, identificar la vulneración del artículo 3 del CEDH es una tarea muy subjetiva la cual hay que analizar caso a caso considerando todas las aristas

²² Al respecto, véase también los casos **Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Belgica**, N.º 13178/03 del 12 de octubre de 2006; **Mohamad contra Grecia**, N.º 70586/11 del 11 de marzo de 2015, **Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar contra Malta** N.º 25794/13 y 28151/13 del 22 de febrero de 2017 y **Moustahi contra Francia**, N.º 9347/14 del 25 de junio de 2020

del mismo, pese a esto en aquellas demandas en las cuales se ve involucrada la detención de NNA, la Corte ha seguido una sola línea, la cual es priorizar siempre el interés superior del niño o niña a través de su labor interpretativa del Convenio.

MH y Otros contra Croacia, N° 15670/18 y 43115/18 del 18 de noviembre de 2021

En este caso los demandantes fueron los miembros de una familia de ciudadanos afganos, la cual se componía de 14 integrantes (un hombre, sus dos esposas y 11 hijos). Ellos presentan su denuncia contra Croacia ante el TEDH debido a la muerte de una de sus hijas, quien tan solo tenía 6 años, la cual fue atropellada por un tren luego de que las autoridades croatas denegaran su solicitud de asilo y le ordenaran el regreso a Serbia, lugar desde donde provenían, a través de las vías del tren. Por otro lado, alegan los demandantes que en 2018 las autoridades ordenaron su detención en el centro de inmigrantes de Tovarnik sin considerar la presencia de 11 NNA en la familia y sin poder comunicarse con su abogado.

Para entender el contexto, el centro Tavornik es un centro de detención cerrado. Si bien las autoridades afirman que este se encuentra capacitado para albergar familias y cuenta con lugares de esparcimiento, como la misma familia lo afirma, esto dista de la realidad, dándose condiciones dentro del recinto similares a las de una prisión (TEDH, 2018)

En primer lugar, el Tribunal toma conocimiento del hecho de que al momento de la muerte de la niña de iniciales MH, el Estado de Croacia no realizó una investigación completa y efectiva sobre las circunstancias que condujeron a la muerte de esta, sino que se remitió a decir que la familia nunca había cruzado la frontera, hablaron con personal policial o solicitaron asilo. Es así como se declara violado procesalmente el artículo 2 de la CEDH, el cual se vincula con el derecho a la vida. Para el TEDH se violó este derecho por la ineficacia de la

investigación por parte de las autoridades estatales frente a la muerte de un NNA. Al existir discrepancia entre lo establecido por los oficiales policiales y la denuncia por parte de la familia, era deber del Estado investigar y esclarecer los hechos.

Posteriormente la Corte se enfocó en la situación de detención de la familia en el centro de Tovarnik. Si bien el TEDH consideró que las condiciones del centro habían sido satisfactorias, algunos aspectos eran asimilables a los de una prisión como la presencia de mucho personal policial, barrotes en los pasillos y ventanas completamente enrejadas. Para formarse un criterio al respecto solicitó informes de la Defensora del pueblo croata²³ y de la Defensora de la infancia de Croacia²⁴. Además, teniendo en mente la situación a la que fueron expuestos los niños y niñas (ya que la mayoría vio morir a su hermana) estando encerrados alrededor de 2 meses en el centro de detención sin realizar actividades de esparcimiento.

Un periodo tan extenso de permanencia en el centro, por falta de actuación de las autoridades con debida celeridad sumado a las condiciones de encierro en que se encontraban para la Corte representa la suficiente gravedad como para comprometer el respeto al artículo 3 de la CEDH, es así como el TEDH declara la violación de este artículo respecto de los niños demandantes.

El tribunal expone en su sentencia la necesidad de evaluar, dado la cantidad de niños involucrados, el uso de una medida alternativa a la detención en el centro menos coercitiva. Los Estados tienen el deber de tomar todas las providencias necesarias para limitar en lo posible tanto la medida de detención en sí misma como su duración. Dado las condiciones del caso se concluye que la detención no cumplió con lo establecido en el artículo 5, por lo que este también habría sido violado por Croacia.

El Protocolo Adicional N.º 4 del Convenio, dispone en su artículo 4 la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. Dado que el Estado no pudo

²³ The Croatian Ombudswoman. Traducción libre.

²⁴ The Croatian Children`s Ombudswoman. Traducción libre.

probar ante el Tribunal haber proporcionado a los solicitantes un acceso real y efectivo a los procedimientos para la entrada legal a Croacia, se considera que la expulsión de los demandantes a Serbia fue de carácter colectivo transgrediendo lo establecido por el Protocolo núm. 4.

El TEDH, al igual que en los casos de NNA no acompañados, ha sido categórico en priorizar el interés superior de los niños, en cuanto señala como imperante para los Estados considerar dentro de la gama de acciones que puedan tomar frente a una situación de solicitud de asilo o ingreso de migrantes, las menos nocivas para los NNA. La necesidad de esparcimiento, distracción y libertad forman parte fundamental para el desarrollo de los mismos y el hecho de que se encuentren junto a sus padres o un tutor, no modifica el respeto irrestricto que se debe tener de sus Derechos Humanos.

Popov contra Francia N.º 39472/07 del 19 de enero de 2012

Esta sentencia también resuelve un caso relativo a niños migrantes acompañados. El sr. Vladimir Popov junto a su cónyuge la sra. Yaketerina Yakovenko y sus 2 hijos presentaron la demanda en contra del Estado francés alegando en particular que su detención en el centro de detención Rouen-Oissel por 15 días, esperando su traslado a Kazajstán (de donde habían escapado por temor a ser perseguidos), habría vulnerado los artículos 3, 5 y 8 del CEDH.

La familia había realizado una solicitud de asilo al Estado de Francia cuando los hijos tenían 5 meses y 3 años, pero su solicitud fue denegada y fueron tomados detenidos e inmediatamente trasladados al aeropuerto para que tomaran un vuelo a Kazajstán, lo cual no sucedió debido a que el vuelo fue cancelado por lo que las autoridades decidieron llevarlos al centro de detención Rouen-Oissel el cual se encontraba autorizado para recibir familias. Sin embargo, tal como pasaba con el caso anterior, este no contaba con espacios de ocio y aprendizaje, sino que se vive un ambiente con falta de privacidad y mucha tensión.

El Tribunal considera que el hecho de que los hijos menores de edad en este caso hayan estado acompañados por sus padres,

“no puede eximir a las autoridades de su deber de proteger a los niños y tomar las medidas apropiadas como parte de sus obligaciones positivas bajo lo establecido por el artículo 3 de la Convención. Es importante que se tenga en mente que la extrema vulnerabilidad de los niños es un factor decisivo y predominante sobre el estatus irregular”²⁵ (TEDH, 2012).

Teniendo a la vista los antecedentes presentados, el TEDH consideró que las condiciones en que se mantuvo a los niños solicitantes no fueron adaptadas a su edad. Si bien el plazo de 15 días de detención podría no ser excesiva per se, para la percepción de niños tan pequeños podría haber sido interminable teniendo en cuenta el mal estado de las instalaciones. Por esto se llega a concluir que existe una violación por parte del Estado de Francia al artículo 3 del CEDH en relación con los niños, no así para con los padres.

Por otro lado, se determinó la violación del artículo 5.4 CEDH, pero nuevamente solo respecto de los niños. Lo anterior en la línea argumentativa de que los padres habían tenido la posibilidad de que los tribunales examinaran la legalidad de su detención. En cambio, la ley no establecía que los niños fueran detenidos en estos casos, por lo que se encontraban en un vacío legal. A decir verdad, contra los niños no se había emitido ninguna orden de expulsión ni tampoco se había ordenado su detención por lo que nunca tuvieron si quiera posibilidad de solicitar a un tribunal que examinara su legalidad.

Finalmente, y el punto distintivo de este caso, es la determinación de violación del artículo 8 del CEDH, el cual otorga derecho al respeto de la vida privada y familiar. A ojos del Tribunal, la detención en un centro que inherentemente se asimila a un establecimiento carcelario intervino en su vida familiar. Si bien el TEDH comprende que las medidas de detención buscan proteger la seguridad

²⁵ Traducción libre extraída de la Sentencia del TEDH dictada el 19 de enero de 2012 en el caso Popov contra Francia.

nacional, el orden público y la economía del país, no se debe olvidar que estas deben ser proporcionales al objetivo concreto perseguido.

Se menciona por el tribunal que en particular en este caso no existía un riesgo expreso de fuga de los solicitantes que justificara su detención, ni mucho menos la duración de esta.

Así el TEDH avanza jurisprudencialmente a la conclusión de que, de acuerdo al principio de interés superior del niño, no solo se hace exigible el hecho de que las familias se mantuvieran unidas, sino también que las autoridades hagan todo lo necesario y que esté a su alcance para limitar la detención de familias con niños pequeños primando siempre el principio de proporcionalidad de acuerdo al objetivo buscado²⁶. Dado que en este caso no existía un riesgo inminente, la medida se considera absolutamente desproporcionada y por tanto el Estado francés debe indemnizar los perjuicios por concepto de daño moral.

²⁶ Al respecto véase también la sentencia del caso A.B. y otros contra Francia, (Nº 11593/18) de fecha 12 de julio de 2016; la sentencia del caso R.K y otros contra Francia (N.º 68264/14) de 12 de julio de 2016; y la sentencia del caso Bistieva y otros contra Polonia del 10 de abril de 2018

CAPÍTULO V

CHILE Y SU DESARROLLO NORMATIVO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA MIGRANTE.

La migración en Chile

En América Latina surge un gran fenómeno de búsqueda de nuevas oportunidades por las personas, esto debido al contexto de desigualdad en el cual viven los latinoamericanos.

A inicios del siglo XX la emigración surge principalmente hacia los países del norte del continente (Estados Unidos principalmente), pero el endurecimiento de las políticas migratorias junto con los peligrosos pasos fronterizos, han causado la búsqueda de nuevos destinos para la realización de sus proyectos de vida.

Nuestro país ha desarrollado un brusco cambio en materia migratoria en la última década, que acrecentado por distintas crisis humanitarias que han desestabilizado la región, lo han convertido en un destino codiciado para la inmigración. Lo anterior debido al posicionamiento y crecimiento económico que ha tenido Chile, generando la idea colectiva de mayores oportunidades de empleabilidad, sumado a los índices de seguridad, los cuales dejan al Estado chileno como uno de los territorios más seguros para vivir dentro del continente.

De acuerdo con los datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) junto con el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) en los últimos 25 años el porcentaje de migrantes internacionales aumentó desde un 0,8% a un 4,4% de la población total. Es así como para el 31 de diciembre del año 2020 se estimó que la cantidad de extranjeros que residía en Chile alcanzaba la suma de 1.462.103 generándose un crecimiento equivalente al 12,4% respecto de la cifra entregada para el 31 de diciembre de 2018. De la población migrante en nuestro país, un 30,7% de las personas son de nacionalidad venezolana, seguido por un 16,3% de nacionales peruanos, un 12,5% de nacionales de Haití y 11,4% de ciudadanos colombianos,

sumados al resto porcentual compuesto principalmente por personas que tienen nacionalidad de alguno de los Estados de América Latina (Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración, 2021).

En cuanto a la distribución geográfica de los migrantes en nuestro país y demostrando la centralización del mismo, un 61,9% reside en la Región Metropolitana. Le siguen la Región de Antofagasta con un 7,0%, Valparaíso con el 6,6% y la Región de Tarapacá con un 4,7% (Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración, 2021).

Es así, que Chile no ha estado exento de conflictos en cuanto a temas migratorios. Ya que pesar de las condiciones climáticas y la pandemia del coronavirus, el paso fronterizo ubicado en Colchane (Región de Tarapacá), frontera entre Chile y Bolivia, se ha convertido en una ruta muy transitada debido a que, por su extensión, no cuenta con un completo control por parte de carabineros o policía de investigaciones. Lo anterior ha dado espacio para que muchos migrantes ingresen de forma irregular a Chile, ignorando las condiciones tanto de altura en la zona como de temperatura, las que han generado que algunos incluso mueran en la travesía de ingresar al territorio nacional.

Recientemente en el año 2020, debido a la pandemia del Covid-19, el Estado de Chile a fin de enfrentar los efectos de la pandemia, decide cerrar las fronteras generando una crisis migratoria importantísima en la región de Tarapacá específicamente en el pueblo de Huara y Colchane. En esta situación hubo un conflicto de intereses, entre lo sanitario y humanitario que desencadenó graves consecuencias para las personas que se encontraban en la frontera (Gaete Quezada, 2022).

A inicios del año 2022, luego de la muerte de un camionero en el norte del país a manos de dos ciudadanos venezolanos, se detonó una nueva crisis migratoria la cual despertó en una importante parte de la población un discurso teñido de xenofobia y odio a los migrantes, en cuanto se reclamaba rigidizar las políticas de control migratorio a toda costa.

Ha sido así que el Estado chileno se ha visto en la obligación de avanzar en cuanto a políticas migratorias enfocándose en la migración irregular que se originan principalmente por dos causas distintas: sobreestadía de turismo e ingresos por pasos no habilitados.

Las cifras han ido cambiando en cuanto a migración irregular, fue así como entre 2016 y 2018 gran porcentaje de los migrantes ingresaban a Chile con una visa aparentemente de turismo con la intención de posteriormente lograr un permiso de residencia y al no conseguirlo pasaban a una situación irregular de migración. A esto le llamamos sobreestadía de turismo. Frente a esta realidad, se dispusieron medidas más estrictas de ingreso en los pasos fronterizos por parte del Gobierno como por ejemplo el requisito de visado consular de personas de nacionalidad venezolana y haitiana.

Estas nuevas medidas generaron que en 2019 comenzara paulatinamente a bajar la tasa de migrantes irregulares por sobreestadía de turismo, sin embargo y por el exhaustivo control de los policías para permitir ingreso por pasos fronterizos, es que muchos migrantes comenzaron a ingresar por pasos no habilitados lo cual se incrementó luego del inicio de la pandemia y por ende el cierre de fronteras (Centro de Investigación Periodística, 2022).

Por lo anteriormente expuesto, el Estado de Chile se ha visto en la necesidad de avanzar en materia de legislación migratoria para tener un marco de acción para actuar ante esta alza de migrantes que se presume irá aumentando cada vez más.

En la materia de migraciones, desde 1975 había regido la Ley N° 1094 o comúnmente llamada la Ley de Extranjería la cual fue derogada con la publicación de la ley 21.325 “Ley de migración y extranjería” el 20 de abril de 2021. Esta ley tiene como base, la promoción por parte del Estado de los derechos de las personas extranjeras al igual que sus deberes y obligaciones. Sumado a esto a inicios del presente año 2022 entró en vigor el Decreto 296 que aprueba el Reglamento de la Ley 21.325 que se refiere principalmente a aspectos prácticos del ingreso, estadía, residencia y egreso de migrantes internacionales.

La necesidad se torna aún más urgente cuando hablamos de NNA. De acuerdo a los datos entregados por el INE a lo menos el 14% de los migrantes tienen entre 0 y 18 años de estos, un número significativo provienen de Haití, lo cual genera una brecha mayor de vulnerabilidad al existir una gran limitante como lo es la barrera idiomática (Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración, 2021)

A continuación, revisaremos el marco jurídico en cuanto a la protección de NNA migrantes. Refiriéndonos primero a los tratados internacionales ratificados por Chile y luego a la legislación interna, tanto Constitucional como legal, propiamente tal de nuestro país.

Instrumentos y Tratados Internacionales vinculantes para Chile

El Estado de Chile tiene soberanía para establecer su legislación interna con independencia, por tanto, puede definir libremente las políticas de control migratorio. Sin embargo, no existe una libertad completa en el sentido de establecer disposiciones que lesionen ciertos principios y por sobre todo los Derechos Humanos. Así, de acuerdo al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República (CPR):

“El ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los Estados respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (Constitución Política de Chile, 2005).

Por consiguiente, la CPR otorga rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos, haciendo una incorporación de estos al derecho interno y disponiendo un límite en la soberanía del Estado. Al respecto la Corte Suprema en la sentencia dictada el 30 de enero de 1996 se pronuncia dictaminando:

“Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce

su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Corte Suprema de Chile, 1996. cómo se cita en Llanos y Riveros, 2021).

Por lo anterior se hace importante referirnos a los instrumentos internacionales vinculantes para Chile y pertinentes en la materia estudio de este proyecto investigativo.

En primer lugar, anticipándonos a lo expuesto más abajo, quisiéramos destacar que nuestro país ha demostrado su compromiso con el avance en la protección de Derechos Humanos, ya que ha ratificado todos los tratados internacionales en el marco de Naciones Unidas a excepción de dos acuerdos²⁷. Por su parte, en el ámbito regional del sistema interamericano, Chile ha suscrito todos los acuerdos encontrándose solo un par faltos de ratificación²⁸ (Vargas Cárdenas, 2020).

Dentro de los tratados adheridos por Chile pertinentes en la materia, realizaremos una enumeración no taxativa, deteniéndonos en algunos que para para el tema central tienen mayor aplicabilidad:

- Declaración Universal de Derechos Humanos ratificada el 20 de octubre de 1971.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este pacto fue adoptado en 1966 y ratificado por Chile en el año 1972. Posteriormente en 1992 y 2008 se ratificaron los dos protocolos facultativos complementarios a este acuerdo.

²⁷ Estos son el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1999) y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2008).

²⁸ Estos son la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013) y Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013).

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fue ratificado por nuestro país en el año 1989.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer ratificada en 1989.
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y Convención para Reducir los casos de Apatridia.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados junto con el protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- La Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Convenio de la OIT 138 y 182 que regulan trabajo infantil.
- Convención Sobre los Derechos del Niño. La CDN fue ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990, menos de un año después de su aprobación.

En 2003 se aprueba también el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo Facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Finalmente, en 2015 se ratifica el último Protocolo Facultativo relativo a procedimiento de comunicaciones que reconoce competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado alegue incumplimiento de deberes de otro Estado.

La CDN tiene como pilares fundamentales la no discriminación; el interés superior del niño; su supervivencia, desarrollo y protección; y la

participación en las decisiones que les afecten. Para resguardar el cumplimiento de los deberes a los cuales se comprometen los Estados en el marco de estos principios, como lo habíamos mencionado, se dispone la creación del Comité de Derechos del Niño.

Una vez que los Estados ratifiquen la CDN, en un plazo de dos años deberán presentar al Comité un informe inicial respecto de las medidas que se hayan tomado para dar cumplimiento a lo establecido por la convención. En lo sucesivo, deberán volver a repetir la elaboración de informes periódicos cada 5 años. Respecto de estos el Comité realiza un examen y expresará sus inquietudes y recomendaciones (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2022).

El Estado chileno ha presentado desde su ratificación cuatro informes al Comité siendo el primero el presentado en 1993 y el último en 2012 a los cuales se han realizado las respectivas recomendaciones.

En las observaciones finales sobre el último informe periódico de Chile, el Comité recomienda al Estado en lo pertinente a esta tesis:

- “adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para que pueda inscribirse debidamente el nacimiento de los niños nacidos en su territorio, independientemente de que sus progenitores sean inmigrantes irregulares”;
- “Revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres”
- “Ratifique la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961)”
- “Apruebe su nueva legislación sobre la migración y se asegure de que haga referencia directa a los derechos y garantías de los niños”.
- “Lleve a cabo un plan integral de inclusión social de los migrantes, entre otras cosas mediante campañas de concienciación para

promover el respeto y la inclusión” (Comité de los Derechos del Niño, 2015).

Además de elaborar observaciones a los informes presentados, el Comité tiene la facultad de realizar investigaciones a los Estados en caso de que se denuncie la violación de los derechos de NNA.

Así ocurrió en Chile en el año 2018, entre los días 8 y 12 de enero en que los expertos del Comité visitaron nuestro país. Luego de esa visita se elaboró un informe que fue lapidario en términos de declarar la violación grave y sistemática de los derechos de los NNA que se encuentran bajo tutela del Estado (Defensoría de la Niñez, 2022)

El análisis fue realizado en observación a los centros de internación del Servicio Nacional de Menores (SENAME). En su informe el Comité plantea varias deficiencias del sistema en las cuales se ha vulnerado el interés superior del niño; el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; el derecho a no separación de la familia a menos que está sea por su interés superior; derecho al más alto nivel posible de salud; derecho a la educación; derecho al descanso, esparcimiento y cultura: protección contra la violencia; y protección contra tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes (Comité de los Derechos del Niño, 2018)

Si bien el comité no habla en el informe de 2018 en particular de NNA migrantes, se refiere a todos aquellos niños o niñas que ingresen a un centro de internación, de los cuales, de acuerdo a los datos entregados por SENAME, en lo que va del año hasta agosto de 2022 más de 200 NNA migrantes han sido recibidos en alguno de los centros de internación del territorio nacional (SENAME, 2022)

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

La CTM, que como podemos recordar entró en vigor en 2003, fue firmada por Chile en 2005.

A diferencia de otros tratados sobre Derechos Humanos en los cuales se otorga una batería de derechos por el hecho de ser “persona”, “niño o niña” o “mujer”, la CTM condiciona la garantía de los derechos establecidos en cuanto no solo sea una persona migrante sino que revistan el carácter de trabajadores o sus familiares (Magliolo, 2019).

Como eje central de esta convención tenemos al principio de no discriminación, poniendo como prioridad el respeto y aseguramiento de los derechos previstos sin distinción alguna.

Al igual que en la CDN, en la CTM se dispone la creación de un Comité especializado en observar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados.

En 2011 fue la primera vez en que se evaluó a Chile. Respecto de NNA, el Comité alienta al Estado chileno a conceder la nacionalidad a aquellos niños nacidos en su territorio a pesar de que sus padres se encuentren en situación irregular de migración, y además se recomienda al Estado a garantizar el ingreso y permanencia de los NNA migrantes en situación irregular a establecimientos educativos, 2011)

Luego del segundo informe de Chile al comité este elaboró sus Observaciones finales en 2021 en los cuales se destaca y celebra la promulgación de la Ley de Migración y Extranjería. Dado el contexto de la pandemia de COVID-19 varias recomendaciones estuvieron enfocadas a garantizar el acceso a la salud y en particular a acceder a la vacunación sin importar nacionalidad o estatus migratorio. (Comité de protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 2021)

En cuanto a niños, niñas y adolescentes, se insta a que Chile dirija su legislación interna hacia la prohibición absoluta de detención de NNA migrantes; se recomienda también que se designe defensores independientes a los NNA migrantes en el caso de que sus padres o

tutores se encuentren inmersos en procesos administrativos o judiciales que los puedan afectar, para que se preocupen específicamente de velar por sus derechos.

Otra de las recomendaciones estipula que en caso de expulsión o deportación las autoridades chilenas deben evaluar la ponderación del interés superior del niño y el derecho a la vida familiar de los trabajadores migratorios y sus familias, por lo demás siempre deberán ser escuchados los niños y niñas cuando se puedan ver afectados.

En este informe se vuelve a recalcar la importancia de garantizar el acceso a educación, agregando también salud, servicios sociales, protección contra la violencia y la abolición efectiva del trabajo infantil. (Comité de protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 2021).

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La CADH es ratificada por Chile en 1990 en su compromiso por seguir avanzando en la protección de los derechos fundamentales.

Como mencionábamos en el Capítulo II, la CADH dispone la creación de 2 organismos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El segundo contempla dentro de sus labores la función contenciosa de “determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano (Corte IDH, 2019)

Chile ha sido sometido contenciosamente ante la Corte IDH en 24 ocasiones. En la actualidad 17 casos se encuentran con sentencia y 7 aun en trámite.

A decir verdad, no existen casos referentes a NNA migrantes dentro de la jurisprudencia respectiva a nuestro país. Sin embargo, la Corte, en casos contra el Estado de Chile, ha incorporado principios fundamentales para la protección de niños y niñas.

A modo ejemplar podemos mencionar que en relación al principio del interés superior del niño en la sentencia del Caso Vera Rojas y otros Vs Chile la Corte IDH establece que:

“el Tribunal advierte que el interés superior de los niños y niñas constituye un principio regulador de la normativa relativa a los derechos de la niñez que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos (...)

En ese sentido, la Corte considera que el principio del interés superior constituye un mandato de priorización de los derechos de las niñas y niños frente a cualquier decisión que pueda afectarlos (positiva o negativamente), tanto en el ámbito judicial, administrativo y legislativo. De esta forma, el Estado debe garantizar que las normas y actos estatales no afecte el derecho de los niños y niñas a gozar el más alto nivel de salud y acceso a tratamiento de enfermedades, ni que este derecho se vea afectado por actos de terceros” (Caso Vera Rojas y Otros vs Chile, 2021)

Asimismo, destacamos la Sentencia del Caso Atala Riffo y niñas vs Chile en el cual la Corte IDH menciona la estrecha relación que existe entre el derecho a ser oído de los niños y niñas y la efectiva aplicación del principio de interés superior del niño. Es esencial facilitar la participación de los niños en las decisiones que afecten su vida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021)

Legislación interna en materia migratoria y de infancia

Tal como ya mencionamos, la ley migratoria de nuestro país sufrió una importante actualización en los últimos años con la publicación de la ley 21.325 apodada “Ley de migración y extranjería”, que reemplazaría a aquella de 1975. Y como veremos más adelante, la legislación referida a la infancia y la niñez en nuestro país ha sufrido un gran cambio en los últimos años. En este apartado analizaremos sucintamente la nueva Ley de migración y extranjería, y la Ley de protección de garantías de NNA.

Anteriormente, el Decreto Ley N° 1.094, aquella norma preconstitucional dictada por la Junta Militar el año 1975, que fue tildada de “vulnerar el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales” (Yáñez Espinoza, 2020), e incluso, en materia de derechos de la infancia, se señala que:

“A este respecto, la regulación migratoria adolece de diversos problemas que afectan en particular a NNA migrantes. Tal como todas las personas migrantes vulnerables en el país, NNA migrantes se ven sometidos a la discrecionalidad administrativa. A su turno, siguiendo aquella interpretación mayoritaria, en relación con el alcance del artículo 19 de la Constitución, NNA migrantes, pese a ser titulares de todos los derechos que esta asegura a las personas, sufren de discriminación en su acceso a derechos. Asimismo, el estatuto aplicable a la familia migrante, resulta insuficiente, pues Chile carece de reglas de protección a la familia o mecanismos de protección de la reagrupación familiar, y de reglas claras en torno al acceso a derechos como la salud y la educación” (Cepeda Valdés, 2019).

En este sentido, la Ley 21.325 revoluciona el marco normativo en materia migratoria, y por lo mismo el legislador la revisó minuciosamente antes de terminar su trámite por ese poder del Estado. Su tramitación tomó ocho años, es decir dos periodos parlamentarios de la cámara baja, y no fue publicada sino hasta fines del año 2021. Por su parte el reglamento de la misma fue publicado en febrero del año 2022.

En particular, esta ley menciona a la niñez migrante en once artículos diferentes, repartidos por lo largo de la Ley. En un inicio, la Ley establece en su título II los principios fundamentales de protección, y es aquí en su artículo 4, que realiza la primera mención a la infancia, intitulándose “Interés superior del niño, niña y adolescente”. En este mismo, la Ley dicta que el Estado debe adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales para asegurar y garantizar el goce de los derechos de NNA que consagra la Constitución chilena, y mediante ella los tratados internacionales correctamente ratificados por Chile, desde el momento de ingreso al país, y sin importar la situación migratoria de sus padres o quien tenga su cuidado.

En el párrafo II, que dice relación con los derechos y obligaciones de los extranjeros, el artículo 17 sobre acceso a la educación establece que el Estado deberá garantizarlo a todos los NNA migrantes establecidos en Chile, en los niveles de educación tanto preescolar, básica como media, en mismas condiciones que los nacionales. Es enfático este artículo en disponer que no podrá limitarse este derecho a causa de la situación migratoria del NNA o de cualquiera de sus cuidadores. Con respecto a la educación superior, el artículo establece la igualdad en el acceso de estas instituciones con respecto a los nacionales, pudiendo optar incluso por la gratuidad universitaria conforme a los requisitos de la ley pertinente.

Otro principio importante, el cual hemos mencionado a lo largo de este trabajo, es el de reunificación familiar. El cual esta ley reconoce y establece en su artículo 19, teniendo el Estado la responsabilidad de promover la protección de la unidad de la familia. En concreto, este artículo le otorga prioridad a la tramitación de aquellas solicitudes que se refieran a este principio.

Establece en su título III, los requisitos de ingreso y egreso al país, fijando la forma de dicho ingreso (art. 24), los pasos habilitados y su regulación (art. 25), categorías de ingreso (art. 26), y en su artículo 28 los requisitos de NNA. En este caso, establece como requisito a NNA extranjeros, el ingresar acompañados por algún encargado de su cuidado personal, o con autorización escrita de alguno de ellos. Mas, esto no significa que la Ley desampare a aquellos NNA no acompañados, siendo majadero el legislador en que debe garantizarse su protección, teniendo durante todo

el procedimiento una especial atención al interés superior del niño, niña y adolescente. Así, el artículo 41 de la misma forma, establece a los NNA como una de las categorías migratorias, preocupándose especialmente de aquellos no acompañados reiterando el mandato a su protección.

Por último, la Ley ordena al presidente de la República a diseñar y definir la Política Nacional de Migración y Extranjería, haciendo hincapié en la importancia del respeto y promoción de los DD.HH. del migrante, y en especial a aquellos grupos más vulnerables, como lo son los niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores. La ejecución de la Política Nacional de Migración y Extranjería, es una de las funciones del Servicio Nacional de Migraciones, organismo que nace en esta misma Ley, en los artículos 156 y siguientes.

Esta Ley cumple su cometido general de actualizar el marco normativo que regulaba la migración, estableciendo principios modernos y en la línea de lo que exige el Derecho Internacional en la materia. Lamentablemente, según ciertos autores, esta nueva normativa no logra ofrecer una respuesta efectiva a todas las problemáticas desde la perspectiva de los derechos humanos de la niñez y adolescencia migrante, aunque si bien se saluda la inclusión del interés superior del niño como principio rector de la misma (art. 4º), no lograría observarse manifestaciones claras de esta a lo largo de la Ley (Ravetllat Ballesté, 2022).

Por otra parte, nace este año, la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que tiene por finalidad el establecimiento de un estatuto de garantía y protección integral de derechos de NNA. Para esto, crea un Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Este sistema está integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a la promoción y protección del desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los NNA. Está integrado por distintas entidades, entre las cuales podemos encontrar a los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración del Estado, y la Defensoría de la Niñez, de la cual nos referiremos más adelante. De igual forma, integran este sistema el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el Comité Interministerial de Desarrollo

Social, Familia y Niñez, la Subsecretaría de la Niñez, el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, las Oficinas Locales de la Niñez, el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y el Consejo Consultivo Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes.

El artículo 2 de esta Ley nos entrega una extensa lista de obligaciones del Estado para con los derechos de la infancia. En su séptimo inciso menciona también que se establecerá el marco para que el Estado adopte todas las medidas necesarias para ampliar esta protección profundamente en aquellos grupos particularmente vulnerables, haciendo explícita mención a los niños, niñas y adolescentes migrantes. Siguiendo esta misma línea, en el artículo 8 “Igualdad y no discriminación arbitraria” establece que ningún NNA podrá ser discriminado por su raza, etnia, nacionalidad, cultura, ni estatus migratorio, siendo deber del estado velar por las condiciones de igualdad y la efectividad de esta. Lo mismo con el derecho a la salud que consagra el artículo 38, donde el estatus migratorio no podrá ser motivo para rechazar la prestación de servicios y procedimientos médicos a NNA.

Para finalizar el breve análisis a esta Ley, es menester reconocer el artículo 52: en el cual se consagra el derecho que tiene todo NNA de solicitar y recibir protección como refugiado, reuniendo los requisitos que establezca la legislación pertinente. El legislador es tajante en aclarar en el mismo artículo que cuando los NNA soliciten el reconocimiento de algunas de las condiciones contempladas por la ley en la frontera misma, no se les podrá impedir el ingreso al territorio nacional.

Esta Ley viene a concretizar lo establecido abstractamente por la Constitución Política de la República. La que, sin mencionar explícitamente al migrante, y menos a los niños niñas y adolescentes migrantes, contempla una batería de derechos que se deben garantizar a todas las personas que se encuentren dentro del territorio nacional. Así mismo, podemos identificar tanto el derecho a la educación (art. 19 N°10 CPR), como el derecho al acceso a la salud (art. 19 N°9 CPR), protegen también a los NNA migrantes sin siquiera tener que mencionarlos. La Ley en cuestión explicita el deber del estado con respecto a estos dos derechos en particular, tal como ya revisamos previamente.

Marco institucional de protección a NNA migrantes

Las instituciones chilenas están sufriendo un fuerte cambio en las materias que nos convocan en este trabajo. En los últimos 10 años hemos sido testigos no sólo de una nueva ley migratoria, que trajo consigo la creación del nuevo Servicio Nacional de Migraciones, que reemplaza por su parte al Departamento de Extranjería y Migración, sino que también la Ley N° 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, apodado Mejor Niñez, descuartizando lo que conocíamos como el Servicio Nacional de Menores (SENAME) el año 2021, en conjunto con la Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Los cambios no parecen terminar con esa ley, debido a la avanzada tramitación que existe del proyecto de ley que crea Servicio de Reinserción Juvenil, incorporando modificaciones a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, creando también un Consejo de Estándares y Acreditación. Dicho Servicio lapidará finalmente a su antecesor, SENAME, el momento en que dicha ley sea publicada junto a su correspondiente reglamento.

El SENAME y la creación del Servicio “Mejor Niñez” y el Servicio de Reinserción Juvenil

El Servicio Nacional de Menores es un organismo gubernamental creado en 1979, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que vino a reemplazar al ya extinto Consejo Nacional de Menores. La norma que tuvo como objetivo su creación, el decreto ley 2.465, establece como misión de este órgano la protección de los derechos de NNA que han infringido la ley, además de establecer y regular un sistema de adopción. Y así funcionó dicha institución hasta finales del año 2021 (Servicio Nacional de Menores, 2022).

Es de público conocimiento las grandes falencias y problemas que tenía este Servicio, el cual detonó en polémicas que evidenciaron tragedias dentro del organismo. Es así, como en el segundo gobierno del presidente Sebastián Piñera, se llega a un importante Acuerdo Nacional por la Infancia que tiene por propósito principal la promoción del desarrollo integral de los NNA del país a través de sus tres ejes:

Protección Universal, Protección a NNA en riesgo de vulneración de derechos, y la protección y restitución de derechos a NNA que han sido vulnerados. Este acuerdo ha logrado importantes hitos y avances, lo cual se debe a la amplitud de ideas y posiciones políticas que fueron invitadas, participando el mencionado expresidente y su gabinete, como así el exdiputado y actual presidente de la República, Gabriel Boric Font.

Este Acuerdo ha visto algunos avances en diversas materias, entre las cuales encontramos la Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, que revisamos sucintamente en el apartado anterior, la implementación de la Subsecretaría de la Niñez, pero más concretamente con el avance legislativo de aquellos proyectos de ley que reemplazarían al SENAME, tal como adelantábamos al inicio.

Las funciones del SENAME se dividen oficialmente, por un lado, la protección y promoción de derechos de NNA, en conjunto con el sistema de adopción quedarían a cargo, desde octubre de 2021 del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia. Este Servicio, que depende del Ministerio de Desarrollo Social y Familia y ya no del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, reconoce tener enfoque intersectorial, sujeto a la nueva Subsecretaría de la Niñez y forma parte del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (Mejor Niñez, 2022). Este Servicio, en su sitio web declara tener como misión:

“Proteger y restituir derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, situándolos en el centro de nuestro actuar, garantizando su participación y la de sus familias, fortaleciendo su desarrollo integral, reparando y resignificando el daño, previniendo de manera oportuna nuevas vulneraciones mediante equipos técnicos de excelencia y programas especializados de acuerdo a sus necesidades, coordinados con el intersector y convocando a la sociedad en su conjunto” (Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, 2022).

Este Servicio, para responder a su responsabilidad desarrolla cinco líneas de acción, las cuales encontramos en el artículo 18 de la Ley que establece su creación. Estas corresponden a: Diagnóstico clínico especializado, seguimiento de casos y pericia; Intervenciones ambulatorias de reparación; Fortalecimiento y vinculación; Cuidado alternativo; y Adopción.

Por otra parte, el futuro Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, que reemplazaría definitivamente al SENAME, quedaría a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tal como su predecesor, y compromete entregar una intervención personalizada y especializada para adolescentes imputados por delitos, como para aquellos que se encuentren cumpliendo sanciones de acuerdo a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA), así favoreciendo sus procesos individuales de reinserción social. El Servicio tiene como piezas claves para su funcionamiento: El ser un servicio especializado, altamente técnico y profesionalizado; La creación de un sistema de justicia especializado, con fiscales, jueces y defensores expertos en la materia, en conjunto con la creación de salas especializadas de causas adolescentes; La incorporación de la mediación penal juvenil como forma alternativa de resolución de conflictos; El fortalecimiento de la calidad de los procesos de intervención de los adolescentes imputados como también de quienes cumplen sanciones; La corrección de los déficits del diseño de sanciones y medidas penales a través de una modificación a la LRPA; y por último, con la creación de un régimen unificado de sanciones, permitiendo establecer de manera fundada la sanción más idónea al caso particular (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022).

Si bien este Servicio aún no ha sido creado, con fecha 6 de septiembre del presente año fue aprobado en el Congreso Nacional, terminando así el trámite legislativo, despachándose para ser promulgado por el presidente de la República.

Defensoría de la niñez

La Defensoría de la Niñez es una institución pública que tiene como finalidad la difusión, promoción y protección de los Derechos Humanos de los NNA que residen en el territorio nacional chileno. La Defensoría nace el año 2018 al promulgarse la Ley

21.067. Esta es una institución pública y autónoma que tiene como objetivo, según la Ley que la crea:

“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 superior”(Ley 21.067 art 2, 2018)

Las principales funciones y atribuciones de esta Defensoría, pueden resumirse en acciones concretas, tales como: la interposición de acciones y la presentación de querellas en los casos en que NNA sean víctimas de delitos, cuando la ley lo autorice; la visita de centros de privación de libertad, centros de protección, o cualquier institución que mantenga a NNA privados de libertad, emitiendo informes respectivos; la denuncia a vulneraciones a los derechos de NNA ante los órganos competentes; velar porque el interés superior del niño sea parte de la formulación de las políticas públicas en el contexto nacional; velar también por la participación de NNA en los asuntos que les conciernen; la emisión de informes anuales, estudios, y recomendaciones para promover la protección de los derechos de NNA; y promover el cumplimiento de la CDN en Chile.

En el informe del año recién pasado, la Defensoría reconoce la importancia de la protección a los derechos de los NNA migrantes en nuestro país, alertando como su vulneración de derechos merece soluciones urgentes. En el mismo, la Defensoría de la Niñez expone la relevancia del interés superior del niño en la discusión legislativa sobre migración y en las políticas públicas que deba implementar el Estado chileno para responder a la grave crisis migratoria existente en la macrozona norte de nuestro país (Defensoría de la Niñez, 2021). En el mismo informe, esta Institución entrega un robusto paquete de recomendaciones a la Convención Constituyente²⁹ acerca de la importancia que existe para los Derechos de NNA que estos se encuentren

²⁹ La Convención Constituyente de Chile fue un órgano mandatado a redactar una nueva constitución para Chile, entre el año 2021 y 2022.

establecidos, no solo en un rango constitucional, sino que a lo largo de todas las disposiciones del texto constitucional.

Si bien la Defensoría de la Niñez es un órgano autónomo, trabaja estrechamente con la Subsecretaría de la Niñez, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, así como también con numerosos actores de la sociedad civil.

Servicio Nacional de Migraciones

El Servicio Nacional de Migraciones (SNM) es el sucesor inmediato del Departamento de Extranjería y Migración, el cual fue reemplazado por este Servicio con la Ley respectiva, a la cual ya nos hemos referido previamente. Este Servicio depende, al igual que su antecesor, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Por su parte, la misión del SNM es garantizar el cumplimiento de la legislación migratoria vigente en nuestro país, la expulsión y la regulación de los ciudadanos extranjeros que permanecen en el territorio nacional, todo esto en el marco de la Política Nacional Migratoria del Gobierno (Servicio Nacional de Migraciones, 2022). Entre las funciones que entrega la Ley a este nuevo Servicio, encontramos:

- La planificación y creación de programas necesarios para la ejecución de la Política Nacional de Migración y Extranjería.
- La recopilación, sistematización, el análisis y almacenamiento de antecedentes relevantes acerca de las migraciones en el país.
- La celebración de acuerdos o convenios con distintas instituciones públicas o privadas, sean extranjeras o nacionales, que digan relación con la ejecución de las políticas y programas relacionados con extranjeros en Chile.
- Primordialmente, es encargada también de autorizar o denegar el ingreso, estadía y el egreso de las personas extranjeras al país.
- Así también, la resolución del otorgamiento, prórroga, rechazo y revocación de los permisos de residencia, y la vigencia de esos mismos.
- La determinación de la expulsión de los extranjeros conforme a las disposiciones de la misma Ley que crea el Servicio.

- El trámite de solicitudes de carta de nacionalización, para que sea resuelto posteriormente por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- La elaboración y desarrollo de programas orientados a la difusión y promoción de los derechos y obligaciones de los extranjeros.
- La ejecución de los mecanismos de regularización de extranjeros que se encuentren en condición migratoria irregular, así lo disponga el Subsecretario del Interior de acuerdo a los objetivos de la Política Nacional de Migración y extranjería.
- Y, la función genérica: El desempeñar las funciones y atribuciones que así le encomiende a este nuevo organismo.

Este Servicio tiene la misión de oxigenar al Estado a través de una institucionalidad moderna del siglo XXI, para poder responder a las necesidades del país. Se replica en nuestro sistema nacional, la pugna entre la protección de los derechos fundamentales de los migrantes, con la necesidad de fortalecer al Estado y la seguridad nacional. Esto se evidencia claramente en la larga lista de funciones que se le asigna a este SNM, encargado tanto de la protección de los DD.HH. de extranjeros residentes en Chile, como así de sancionar y expulsar a los mismos.

CAPÍTULO VI

AGENDA 2030 DE NACIONES UNIDAS Y LA MIGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

¿Qué es la Agenda 2030?

En la década recién pasada, los líderes mundiales se reunieron para dar forma a una visión amplia con el fin de combatir la pobreza en sus múltiples dimensiones. Es así como nacen los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), estableciéndose, tal como el marco de desarrollo que se utilizó desde el año 2000 hasta el 2015, la fecha límite de estos objetivos. Al llegar a esta fecha, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) realizó una gran cantidad de informes que daban cuenta de la situación de los Objetivos, el avance que se había obtenido, y lo que faltó por cumplir. Se concluyó así, que el trabajo no se había completado, y que debía nacer una nueva era del desarrollo (Organización de las Naciones Unidas, 2015).

Así fue como en el año 2015, se plantean los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) para el 2030, que intentan reflejar el cambio de época, donde la opción de continuar con los mismos patrones de producción energía y consumo ya no es viable. Estos ODS intentan transformar el paradigma de desarrollo dominante en uno que nos lleve por la vía del desarrollo sostenible, inclusivo y con visión de largo plazo. La denominada “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, se aprueba en septiembre del mismo año, posee 169 metas, que, si bien son ambiciosas, se determinan como cruciales para llegar al desarrollo en escala global, teniendo como pilar fundamental a la “igualdad y dignidad de las personas”, con un especial énfasis a la protección del medio ambiente (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

Para una comprensión acabada de la Agenda 2030, es menester dar una definición del término “Desarrollo Sostenible” el cual se puede entender de acuerdo a la OIM como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a satisfacer sus propias necesidades” (Organización Internacional para las Migraciones, 2018)

La Agenda 2030, se posiciona como una “alianza mundial reforzada”, que fue aceptada por los 193 Estados Miembros de la ONU, en conjunto con un gran número de actores de la sociedad civil, el mundo académico, y el sector privado. La creación de los 17 Objetivos tomó en cuenta los medios de implementación para realizar el cambio y la prevención de desastres por eventos naturales extremos, así como la mitigación y adaptación al cambio climático (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

Estos objetivos parten aceptando la realidad del crecimiento demográfico de la sociedad moderna. Así como también, abrazando la globalización en el mecanismo de solucionar conflictos globales, teniendo en cuenta que la población mundial está cada día más interconectada. Se hace necesario encontrar nuevas formas de hacer frente a los numerosos desafíos sociales, económicos y ambientales (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2018) que son planteados en estos 17 ODS, que tienen como fin único el Desarrollo Sostenible.

Se entienden estos 17 Objetivos, como un fin en su conjunto. Es decir, que todos ellos entrelazados son indispensables para el desarrollo, y es impensable lograrlo dejando alguno de lado. El desarrollo sostenible que propone la ONU está destinado a ser logrado en todos los países integrantes de la organización, por lo que es un desafío incluso mayor para los países en vías de desarrollo.

Si bien estos objetivos no tienen un carácter imperativo y por ende jurídicamente obligatorios para los Estados, de igual forma se espera que las autoridades de cada uno adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento a los 17 ODS y en lo posible a las 169 metas que se desglosan en los mismos.

La Agenda 2030 y la infancia

Los 17 ODS fijados por la Agenda 2030 tienen un enfoque de género importante que como se menciona en su Preámbulo busca el objetivo de acabar con la desigualdad y promover el empoderamiento de las mujeres y niñas, pero además los

NNA en su conjunto pasan a ser prioritarios en el establecimiento de estos compromisos.

Dentro de la declaración que establece la Agenda 2030, los Estados concuerdan que es importante que el “mundo invierta en su infancia y donde todos los niños crezcan libres de la violencia y la explotación” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015). Lo anterior nos da una clara demostración de que se tiene un enfoque basado en los derechos de NNA, ya que se entiende que esto finalmente aumenta los futuros beneficios del desarrollo.

En cuanto a los ODS, si bien todas son relevantes para la vida y desarrollo de los niños y niñas, algunas de ellas tienen un carácter preponderante. Entre ellas podemos mencionar los objetivos:

- Objetivo N.º 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en el mundo. En la meta 1.2 del objetivo, se fija reducir al menos a la mitad la cantidad de niños y niñas de todas las edades que viven en la pobreza.
- Objetivo N.º 2: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición. Este objetivo es clave dado los índices de desnutrición en niños, considerando que el 45% de las muertes de niños menores a 5 años tienen esta causa (Comité español de la Agencia de la ONU para los Refugiados, 2020) y para la fecha en que fueron pensados los ODS, 17 millones de niños sufren desnutrición aguda grave en el mundo (UNICEF, 2015).
- Objetivo N.º 4: Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos. En la meta 4.1 se establece asegurar que todas las niñas y niños tengan acceso a educación preescolar terminen la enseñanza primaria y secundaria, la cual debe ser gratuita y de calidad
- Objetivo N.º 5: Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas. Como ya mencionamos la perspectiva de género es uno de los pilares de la Agenda 2030 recalcándolo en diversas oportunidades de su texto.

- Objetivo N.º 16: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. Dentro de este ODS es especialmente importante la meta 16.2 que busca poner fin al maltrato, la explotación, trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.

Así las cosas, tal como lo menciona el Representante Especial sobre la Violencia contra los Niños de Naciones Unidas, “por primera vez, la dignidad de los niños y su derecho a vivir sin temor a la violencia son una clara prioridad en la agenda internacional del desarrollo” (Representante Especial sobre la Violencia contra los Niños de Naciones Unidas, 2019).

Relación de los ODS y la migración, en particular de NNA

La migración ha sido un elemento fundamental de la globalización y en consecuencia del desarrollo de los Estados, por lo que tiene mucho sentido que la Agenda 2030 la incluya explícitamente.

La Agenda 2030 reconoce positivamente la contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y desarrollo sostenible, los Estados se comprometen a trabajar de forma cooperada por la seguridad, protección regularización de las migraciones, teniendo siempre como base el respeto a los Derechos Humanos y promoviendo el trato humanitario independiente del estatus migratorio en el cual se encuentre, ya que los migrantes son reconocidos por la Agenda como un grupo de la población vulnerable que requiere de especial protección.

En relación a lo anterior el Director General de la OIM William Lacy Swing es de la opinión de que:

“la mayor parte de (...) la migración es segura, legal y ordenada, y no sólo es inevitable sino también beneficiosa; las vidas de innumerables migrantes, sus familias y las comunidades de origen y de acogida son mejores gracias a ello. La OIM cree firmemente que debemos abrazar esta realidad, y juntos buscar formas de aprovechar positivamente los beneficios de la migración. Es decir, no

debemos centrar los esfuerzos en tratar de detener la migración, sino más bien en crear condiciones en las que la migración sea una elección y no una necesidad, tenga lugar a través de canales legales y actúe como catalizador del desarrollo” (Lacy Swing, 2017 como se cita en Organización Internacional para las Migraciones, 2018)

Incluir a la migración dentro de la Agenda 2030, ha establecido directrices para que los Estados enfrenten esta problemática desde una mirada positiva progresando hacia la protección de los Derechos de personas migrantes mediante la cooperación internacional ya que el desarrollo sostenible implica que todos los actores avancen. Además de crear conciencia en las autoridades estatales de la estrecha relación que existe entre la migración y el desarrollo.

Dentro de los principios rectores de los Objetivos fijados y el espíritu de la Agenda, se encuentra el compromiso de que al implementar el plan cada país, será prioridad no dejar a nadie atrás. Esto demuestra el deber al cual se someten los Estados a promover y resguardar la inclusividad en todas sus dimensiones, mencionando dentro de los grupos que históricamente han sido desplazados a mujeres, discapacitados, migrantes y NNA.

Como ya dijimos a inicios de este apartado se reconoce que los migrantes se encuentran en una categoría de especial vulnerabilidad, al ser sometidos a discriminación tanto de agentes públicos como privados. En relación a esto se encuentran en aun peor situación NNA migrantes.

De acuerdo a la OIM los NNA migrantes representan un gran porcentaje de la población infantil mundial por lo que todos los objetivos dispuestos en beneficio de los niños y niñas debe tener en miras a este grupo para dar cumplimiento efectivo a las metas fijadas. No es posible llegar a considerar como finalizada la labor en pro de los ODS sin considerar a este grupo (Organización Internacional para las Migraciones, 2018).

Al año 2017, podemos evidenciar por las cifras dadas por los investigadores del Departamento Federal de asuntos extranjeros de Suiza (FDFA por sus siglas en inglés),

que 31 millones de niños en edad escolar son migrantes internacionales lo cual a medida que avance el tiempo se irá incrementando (Nicolai, Wales, & Aiazzi, 2017).

Es ampliamente sabido que la educación tiene un rol fundamental en la integración social, movilidad económica y para NNA migrantes permite la adaptación real a la comunidad del Estado que los recibe, lo que hace que este Objetivo tenga una particular significación por los efectos positivos que puede llegar a tener tanto en inclusión como protección de los DD.HH.

Es así que el Objetivo N.º 4, referente a garantía de educación, se torna especialmente relevante y evidencia la primacía de la inclusión en su meta 4.b, la cual establece:

“ De aquí a 2020, aumentar considerablemente a nivel mundial el número de becas disponibles para los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países africanos, a fin de que sus estudiantes puedan matricularse en programas de enseñanza superior, incluidos programas de formación profesional y programas técnicos, científicos, de ingeniería y de tecnología de la información y las comunicaciones, de países desarrollados y otros países en desarrollo” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015)

Lo descrito en la meta 4.b implica un gran impulso para que los motivos de migración muten de una condición de precarización a la posibilidad de beneficiarse educacionalmente del movimiento internacional.

En esta misma línea es redactado el Objetivo N.º 10, relacionado a reducir la desigualdad en los países y entre ellos, el que establece en su meta 10.7 “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015). Este busca disminuir las brechas de desigualdad entre los Estados para evitar la masificación de los movimientos migratorios por necesidad. Además, pone en el centro de la discusión la necesidad de desarrollar políticas migratorias que consideren la integración de los mismos mediante el respeto de sus derechos.

Finalmente nos gustaría visibilizar que la redacción y aplicación de la Agenda 2030 en materia de migraciones está diseñada en igual línea y coherentemente con lo establecido en el Pacto Mundial para la Migración segura, ordenada y regular, aprobada el 19 de diciembre de 2018. Siendo el Pacto, el fiel reflejo de lo establecido en el objetivo N.º 10. 7.

CONCLUSIÓN

Como hemos podido evidenciar a lo largo de este trabajo, la migración ha sido un factor determinante y permanente en la historia de la humanidad, lo que ha permitido el desarrollo y evolución de los pueblos.

No es sino hasta los tiempos modernos, con el establecimiento definitivo de las fronteras de los Estados, que notamos que se mira con recelo y se desarrolla una percepción negativa de la migración. La desigualdad entre los países que ocupan el Sur Global en comparación con los del norte (en especial los países del continente europeo y de Norteamérica), obliga a aquellos ciudadanos de países subdesarrollados y en vías de desarrollo a migrar en busca de mejores oportunidades, y un mejor futuro en general. Como vimos en el estudio, la precarización del migrante lleva a la existencia de grupos especialmente vulnerables. Los niños, niñas y adolescentes entran de lleno en este último grupo, por lo que merecen de una detenida atención por parte de la sociedad, para garantizar la protección de sus derechos en cualquier instancia, sean migrantes o no, y sin importar su estatus migratorio.

Luego de haber realizado el presente proyecto de investigación, es menester volver a la pregunta que motivó su redacción: ¿Existe un sistema de protección eficiente que resguarde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación irregular de migración?

Reconociendo la vulnerabilidad de los NNA migrantes, por el simple hecho de serlo, notamos que los conflictos de mayor gravedad y en los cuales vemos un verdadero detrimento de la protección y garantías de los derechos fundamentales, es en los casos de los NNA migrantes en situación irregular, a los cuales se les niega el acceso a servicios básicos, como son la educación, la salud, no promoviéndose su esparcimiento ni existiendo una real preocupación en su bienestar, ya que los Estados tienden a proteger sus intereses relacionados a la seguridad de sus fronteras, en desmedro de los derechos de los NNA.

Para ello, fue importante en primer momento, realizar un estudio de los tratados y convenciones internacionales dentro de los cuales podrían estar amparados los NNA.

Pudimos comprobar que existen diversos instrumentos enmarcados en la protección de los Derechos Humanos, mas no puede concluirse que exista alguno de ellos que tenga una mirada integradora respecto de la situación de este grupo vulnerable, los NNA migrantes irregulares. Ya que ha sido reiterativo el tener que interpretar estos instrumentos, como se evidencia en las varias observaciones generales y opiniones consultivas que estudiamos, tanto del Comité de Derechos del Niño, como del Comité para los Trabajadores Migrantes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia de los Tribunales especializados en materia de Derechos Humanos, llegando todos estos a la conclusión de que debe existir por parte de los Estados un respeto irrestricto a los derechos fundamentales de este grupo vulnerable.

En el tercer capítulo de esta memoria, nos enfocamos en el vasto desarrollo que ha manifestado en la materia el sistema europeo de protección de Derechos Humanos. La existencia de múltiples sistemas paralelos que constituyen la cúpula protectora de dicho continente, son la prueba de la voluntad política que se ha instalado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, haciendo patente la urgencia del aseguramiento de la paz en la región y el desarrollo por medio de la cooperación conjunta de los Estados, siendo esta la génesis de la protección a los Derechos Humanos. Es así, como observamos el nacimiento de tanto el Consejo de Europa, como la posterior creación de la Unión Europea, instituciones que paralelamente han trabajado en pro de los derechos fundamentales, y últimamente de los derechos de los NNA migrantes.

Estas instituciones se han desarrollado de forma exponencial con el último tiempo, y en especial la Unión Europea que luego del Tratado de Lisboa ha visto la formación de una institucionalidad robusta y focalizada, con la creación y fortalecimiento de agencias de protección a los DD.HH., la redacción de estrategias de protección a migrantes, agendas de la infancia, e incluso planes de protección a la infancia migrante.

Como observamos en el capítulo III y valorando el esfuerzo y el capital político empeñado por la Unión Europea, podemos notar que esto no significa que se haya erradicado la violación de los derechos fundamentales a grupos vulnerables, ya que

incluso instituciones de la misma UE transgreden estos principios en pos de cumplir sus propios objetivos, no existiendo una verdadera visión integral que inspire el actuar de todos los agentes que participan en los procesos migratorios de la región. Si bien, entendemos que el principio de interés superior del niño es reconocido por la Unión, en la práctica pareciera volverse más difuso, y no logra traducirse en todas las decisiones que se toman a lo largo de la institucionalidad. Es así el caso de FRONTEX, que analizamos en el capítulo correspondiente.

Pese a lo anterior, se torna alentadora la existencia de un tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso del Consejo de Europa, que frente a los incumplimientos por parte de los Estados al respeto de los Derechos Humanos de los NNA migrantes, ha sabido reaccionar de forma certera sancionando y recalcando las obligaciones que tienen dichos Estados para con este grupo. Pudimos observar esto en las sentencias analizadas, en las cuales siempre se consideró el interés superior del niño como parámetro primordial para las decisiones que les repercutían. Condenando fuertemente la detención de NNA por el estatus migratorio, asimilando que esta detención significaría un trato de tortura o trato cruel inhumano y degradante. El TEDH no ha realizado dobles interpretaciones con respecto al principio del interés superior del niño, en cuanto tanto en los casos de niños acompañados y no acompañados, ha podido elevar dicho principio como fundamento de sus sentencias y razonamiento.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de no contar con un instrumento específico referente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y solamente poseer un artículo en la Convención Americana en relación a esto, ha desarrollado una extensa jurisprudencia mediante la interpretación de los principios inspiradores de los derechos fundamentales. Haciendo propio también el interés superior del niño como fuente y medida de cualquier determinación que los involucre.

Con respecto a la situación nacional, observamos un avance importante acerca de la legislación interna en lo que concierne a la migración, y particularmente a la infancia migrante. Vemos como Chile ha logrado desarrollar una institucionalidad

completamente nueva, impulsado por múltiples crisis que visibilizaron las falencias del sistema anterior. Por lo mismo, consideramos grave el hecho de que haya sido necesario la existencia de violación a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes para recién gatillar la acción política respecto de esta problemática. Esto haciendo referencia a la crisis del SENAME, como a la crisis migratoria vivida en la región de Tarapacá desde el año 2020.

A pesar del gran avance que significan las leyes que crean esta nueva institucionalidad, debemos mirar con ojo crítico la implementación y puesta en práctica de las mismas, ya que la historia ha demostrado que el papel dista mucho de la realidad. Siendo extremadamente importante el control y la supervisión tanto de las instituciones como del cumplimiento de las normas por parte de las autoridades.

La protección de la infancia migrante es un problema global, y así lo ha destacado la Organización de las Naciones Unidas. Es por esto, que la Asamblea General de dicha organización, ha integrado dentro de sus compromisos la protección de niños, niñas y adolescentes. Haciendo mención por primera vez a la erradicación de la violencia y tortura contra este grupo vulnerable. De esta misma manera, la Agenda 2030 revoluciona la perspectiva de la migración, mirándola como un aspecto fundamental para el desarrollo de los Estados sin dejar de recalcar la protección especial que debe ser garantizada por su condición de vulnerabilidad.

Es así como en concordancia con la Agenda 2030 en relación a la migración, ser firma el pacto mundial para la migración segura ordenada y regular, un hito en la regulación contemporánea de la materia a nivel universal.

Para finalizar, consideramos que sí bien existen los medios para la protección efectiva de los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular, la ausencia de la voluntad política dificulta este objetivo siempre que se evidencia una ponderación aún no resuelta entre los derechos fundamentales de los y las migrantes y las políticas de control de fronteras que se excusan en la seguridad del Estado.

Respecto a lo anterior, cavilamos que la existencia de un instrumento internacional específico que se refiriera a la protección de la infancia migrante ayudaría

a generar lineamientos de acción en torno a la materia, de una forma más efectiva que las múltiples interpretaciones que se han realizado a los tratados ya existentes por diversas instituciones. Mientras esto no ocurra, debe seguir primando en las decisiones el interés superior del niño, considerando siempre su opinión para el cumplimiento acabado de este principio.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos en revistas

1. Abu-Warda, N. (2008). Las migraciones internacionales. *Revista de Ciencias de las Religiones*, 33-50.
2. Adnane Rkioua, A. (2012). Los derechos sociales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, Vol 2, 31-54.
3. Akandji-Kombe, J.-F. (2006). Carta Social Europea Y Convenio Europeo De Derechos Humanos: Perspectivas Para La Próxima Década. *Revista de Derecho Político*, 387-407.
4. Amezúa Amezúa, L. (2004). Los derechos fundamentales en la unión europea. *Revista de derecho, Valdivia, Volumen XVI*, 105-130.
5. Arango, J. (2007). Las migraciones internacionales en un mundo globalizado. *Vanguardia dossier*, 6-15.
6. Bar Cendón, A. (2010). La Nueva Constitución de la Unión Europea: El Tratado de Lisboa y la Reforma de los Tratados Constitutivos. *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 25, 167-210.
7. Barna, A. (2012). Convención Internacional de los Derechos del Niño, hacia un abordaje desacralizador. *Kairos: Revista de temas sociales*, 10-19.
8. Barón, E. (2008). La Ciudadanía Europea: Un Análisis Crítico. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 207-214.
9. Camos Victoria, I., & Rojo Torrecilla, E. (2004). La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias. *Migraciones de Universidad de Girona*, 7-40.
10. Camos Victòria, I., & Rojo Torrecilla, E. (2004). La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias. *Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, 7-40.

11. Castles, S. (2010). Migración Irregular: Causas, Tipos y Dimensiones regionales. *Migración y desarrollo*, 49-80.
12. Cavalcanti Boucinhas Filho, J. (2019). Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 298-309.
13. Dalhuisen, J. J. (2008). El Comisario para los Derechos Humanos y Defensores del Pueblo nacionales: reflexiones institucionales. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 3, número 9*, México, D. F.
14. Cepeda Valdés, S. (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 N° 21*, 116-129.
15. Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y derechos del niño*, 125-142.
16. Deleixhe , M., & Duez , D. (2019). The new European border and coast guard agency: pooling sovereignty or giving it up? *Journal of European Integration*, 921-936.
17. Doña Reveco, C. (2003). Breve Reseña y Analisis de la Convencion Internacional sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Santiago, Chile.
18. Düvell, F. (2006). *Illegal immigration in Europe : beyond control?* New York: Palgrave Macmillan.
19. Esquer, C. F. (2022). El Parlamento Europeo: una experiencia única. *Revista de estudios políticos 195*, 295-302.
20. Farges, J. R. (2021). Actualización de las instituciones europeas a partir del Tratado de Lisboa. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas 5, no. 9*, 217-238.

21. Fernández-Ramos, M. V. (2019). Niños y niñas no acompañados. Entre la desprotección y la garantía de derecho. *Trabajo social*, 119-139.
22. Freitas Barros, L. M. (2008). La Convención Internacional sobre los Derechos del niño: apuntes básicos. *Educere*, vol 12, núm. 42, 431-437.
23. Gabriel Murcia, S. (1981). *El Consejo de Europa*. Estrasburgo: Revista de bachillerato.
24. Gaete Quezada, R. (2022). Crisis migratoria en el norte de Chile. Encuadres informativos de la prensa regional. *Estudios Fronterizos*, vol 23, 1-23.
25. Garcia Cano, S. (2000). El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de enero de 1996. *Revista Española de Derecho Internacional*, 678-686.
26. González Contró, M. (2011). ¿MENORES O NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES? REFLEXIONES EN EL CONTEXTO DEL DEBATE EN AMÉRICA LATINA. *Publicación Electrónica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM*, 35-48.
27. Hamulák, O. (2018). LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA Y LOS DERECHOS SOCIALES. *Estudios constitucionales vol.16 no.1*, 167-186.
28. Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., & Buckley, C. (2014). *Law of the European convention on human rights*. New York: Oxford University Press.
29. Heredia Usero, A. (2020). El sistema regional africano de Derechos Humanos. *Trabajo Fin de Grado, Universidad de Zaragoza*. Zaragoza, España: Repositorio Institucional de documentos Universidad de Zaragoza.
30. Hugo, G., & Kwok Bun, C. (1990). Conceptualizing and Defining Refugee and Forced Migrations in Asia. *Asian Journal of Social Science*, 19-42.
31. Juri Alvarez, J. C. (2013). Los Derechos humanos en la Union Europea, antes y despues del Tratado de Lisboa. *Memoria de Pregrado, Universidad de Chile*. Santiago, Chile: Repositorio Universidad de Chile.

32. Klaus-Jörg, R. (2007). La política de derechos humanos de la Unión Europea. *Espiral (Guadalaj.) vol. 14, N° 40*, 39-62.
33. Lages de Oliveira, R. (2019). Migración Internacional y Derecho: Una reflexión en clave de Derechos Humanos. *Revista Anales*, 26-45.
34. Landau, H. (2012). El sistema europeo a varios niveles. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 315-332.
35. Lapiedra Alcamí, R. (2015). La familia en la unión europea: el derecho a la reunificación familiar. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 214-240.
36. León Bastos, C. (2021). Migración de niños no acompañados: Retos actuales en México. *Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata*. doi:<https://doi.org/10.24215/25916386e081>
37. Léonard, S. (2010). EU border security and migration into the European Union: FRONTEX and securitisation through practices. *European Security*, vol 19, 231-254.
38. Lirola Delgado, I. (2004). La protección de los derechos humanos en la Unión Europea: reflexiones a la luz de la carta de derechos fundamentales de la Union Europea. *Agenda internacional*, Vol XI nº 20, 93-111.
39. Lopez Guerra, L. (2017). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses». *Teoría y Realidad Constitucional*, 163-188.
40. López Guerra, L. M. (2018). La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos. *Teoría y realidad constitucional*, 42, 111-130.
41. López Ulla, J. M. (2014). Detención de menores extranjeros no acompañados en Europa: La necesidad de Garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Vol. 22, 63-80.
42. Magliolo, M. (2019). La (des)protección de los trabajadores migrantes en la lógica Norte-Sur. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 203-222.

43. Mangas Martín, A. (2001). El Tratado de Niza: los complejos equilibrios en la futura Unión ampliada". *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, N° 12, 264-265.
44. Mangas Martín, A. (2008). Comentario al Artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En J. M. Manuel López Escudero, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo* (págs. 442-454). Bilbao: Fundación BBVA.
45. Montes Fernández, F. J. (2014). El Consejo de Europa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 57-92.
46. Moure Pino, A. M. (2020). La contribución del Defensor del Pueblo Europeo y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXX, N° 276, 533-556.
47. Muñoz Jumilla, A. R. (2002). Efectos de la globalización en las migraciones internacionales. *Papeles de Población*, 8(33), 9-45. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252002000300002&lng=es&tlng=es
48. Nicolai, S., Wales, J., & Aiazzi, E. (2017). *Education, migration and the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Suiza: Federal Department of Foreign Affairs.
49. Ocón Domingo, J. (2016). Normativa internacional de protección de la infancia. *Cuadernos de Trabajo social*, 113-131.
50. Ortega Velásquez, E. (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*, XLVIII, 185-221.
51. Perez Vera, E. (1993). El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos. *Revista de instituciones europeas n° 2*, Centro de Estudios Constitucionales, 459-484.

52. Pastor Palomar, A. (2004). El Comisario Para Los Derechos Humanos Del Consejo De Europa Y La Comisión Europea Informan Sobre Los Nuevos Socios De La Unión. *Anuario de derecho europeo*, (4), 135-160.
53. Pellón Azopardo, R. (2017). A la luz del Tratado de Lisboa: génesis y evolución del entramado institucional de la Unión Europea. *OASIS*, (25), 41-61.
54. Pocar, F. (1984). La protection de la partie faible en Droit International Privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, 188.
55. Pries, L. (1999). La migración internacional en tiempos de globalización. *Nueva Sociedad*, 58.
56. Ravetllat Ballesté, I. (2022). Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile. Comentarios críticos a la Ley de Migración y Extranjería. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vo. XXII, 647-678.
57. Salado Osuna, A. (2004). Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. Crónica de actividades. *Anuario de Derecho Europeo*, Nº 4, 245-252.
58. Soler García, C. (2022). La Unión Europea, ¿Un gendarme en el Mediterráneo Central? *Revista Espanola de Derecho Internacional*, 47-64.
59. Startin, N., & Krouwel, A. (2013). Euroscepticism Re-galvanized: The Consequences of the 2005 French and Dutch Rejections of the EU Constitution. *Journal of common Market Studies*, Vol. 51, 65-84.
60. Termes, R. (2003). Unión Europea: Historia y Perspectivas. *Revista de la Facultad de Derecho*, 22, 89-102.
61. Thompson, J. (2018). Presentación Revista IIDH. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 7-12.
62. Torrecuadrada García-Lozano, S. (Diciembre de 2016). El interés superior del niño. , *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI , 131-157.

63. Torres, E. (2008). La Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Un exitoso y aún inacabado experimento institucional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional vol. 8*, 713-742.
64. Varlez, L. (2008). Les migrations internationales et leur réglementation. *Revista de Ciencias de las Religiones*, 35.
65. Veerman, P. (1992). *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*. Boston, USA: Martinus Nijhoff.
66. Yáñez Espinoza, M. (2020). Niñez y migración: comentarios a la propuesta de reforma legal en Chile. *Revista sobre la infancia y adolescencia*, 32-46.

Libros

1. Andrés Saenz de Santamaría, M. (2020). *Sistema de Derecho Internacional Público*. Pamplona: Aranzadi.
2. Cano Linares, M. Á. (2019). *Los rohinyás, apátridas perseguidos del siglo XXI*. Madrid: Dykinson.
3. Sierra Nava, J. M. (1957). *El Consejo de Europa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Informes y publicaciones oficiales

1. ACNUR. (2014). *Plan de Acción Mundial para acabar con la apatridia*. Ginebra: ACNUR División de Protección Internacional.
2. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2017). *European legal and policy framework on immigration detention of children*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
3. Alston, P., & John Tobin. (2005). *Laying the Foundations for Children's Rights*. Florencia: United Nations Children's Fund (UNICEF).

4. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2014). *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia (2014-2024)*. Ginebra: Naciones Unidas.
5. Ariño, A. R. (2022). *Una Experiencia para las Instituciones: Policía Nacional y FRONTEX, en la cooperación los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I.
6. Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Paris: 217 A(III).
7. Asamblea General de Naciones Unidas. (2016). Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. Nueva York.
8. Asamblea General de Naciones Unidas. (2018). Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Marruecos.
9. Borchardt, K.-D. (2011). *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
10. Comisión de las Comunidades Europeas. (4 de julio de 2006). Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia. *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN (COM(2006) 367 final)*. Bruselas, Bélgica.
11. Comisión Europea. (6 de mayo de 2010). Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014) . *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO*. Bruselas.
12. Comisión Europea. (15 de febrero de 2011). Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño. *Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, El Consejo, El Comité Económico Y Social Europeo Y El Comité De Las Regiones (COM(2011) 60 final)*. Bruselas, Bélgica.
13. Comisión Europea. (13 de mayo de 2015). Una Agenda Europea de Migración. *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES*. Bruselas, Bélgica: Comisión Europea.

14. Comisión Europea. (12 de abril de 2017). Protección de los menores migrantes. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*. Bruselas.
15. Comisión Europea. (24 de marzo de 2021). Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. Bruselas.
16. Consejo de Europa. (24 de noviembre de 1977). Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante. Estrasburgo, Francia.
17. Consejo de Europa. (2011). *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing.
18. Consejo de la UE. (2022). Reglamento (UE) 2022/555 del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea.
19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de Agosto de 2014). Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5 : Niños, niñas y adolescentes*. San Jose, C.R: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
21. D'angelo, A. (2018). Flujos Migratorios en el Mediterráneo: Cifras, políticas y múltiples crisis. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 30-46.
22. Defensoría de la Niñez. (2021). *Informe Anual 2021*. Santiago.
23. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (1999). *Recomendaciones sobre Estadísticas de las Migraciones Internacionales*. Nueva York.
24. Estatuto de la Apatridia. (1954).
25. ETIAS. (24 de marzo de 2022). *La Tarjeta Azul Europea: ¿Qué es y para que sirve?* Obtenido de ETIAS Visa: <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/tarjeta-azul-europea-que-es-y-para-que-sirve>

26. European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe. (February de 2022). Handbook on European law relating to the rights of the child. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
27. European Union Agency for Fundamental Rights. (2018). *Combating child poverty: an issue of fundamental rights*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
28. Glosario de la OIM sobre Migración. (2019). *Organización Internacional sobre Migración*. Obtenido de iom.int: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>
29. Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración. (2021). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020*. Santiago.
30. Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración. (2021). *Estimación de personas extranjeras Residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020 Distribución regional y comunal*. Santiago.
31. International Labor Office. (2017). *Global estimates of child labour: Results and trends, 2012-2016*. Geneva.
32. Ktistakis, Y. (2018). *La protección de los migrantes en el marco del convenio europeo de derechos humanos y la carta social europea*. Estrasburgo: Editorial del Consejo de Europa.
33. Lahoz, S. (2012). De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familias. En UNICEF, *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos* (págs. 89-118). Santiago: OIM, ACNUR, UNICEF.
34. Lobe, B., Velicu, A., Staksrud, E., Chaudron, S., & Di Gioio, R. (2021). *How children experienced online risks during the Covid-19 lockdown - spring 2020*. Luxemburgo: Publications of the European Union.

35. McAuliffe, M., & Khadria, B. (2019). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: Organización internacional para las Migraciones. Obtenido de <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>
36. McAuliffe, M., & Triandafyllidou, A. (2021). *INFORME SOBRE LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO 2022*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.
37. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*. Ginebra: Naciones Unidas.
38. Organización Internacional del Trabajo. (2003). *Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General*. Ginebra.
39. Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Nueva York: ONU.
40. Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: Una Oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CELAC.
41. Organización Internacional para las Migraciones. (2018). *La migración en la Agenda 2030. Guía para profesionales*. Ginebra: OIM.
42. Organización Internacional para las Migraciones. (5 de Julio de 2019). *Términos fundamentales sobre la migración*. Obtenido de Página de la OIM: <https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion>
43. Organización Internacional para las Migraciones e Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos de Mercosur. (2017). *Derechos Humanos de personas migrantes Manual Regional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires .
44. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2018). *La OMPI y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Ginebra: OMPI.

45. Parlamento c. Consejo, C-540/03 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 27 de junio de 2006).
46. Parlamento Europeo. (8 de Julio de 1992). RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO A3-0172/92. *Carta Europea de los Derechos del Niño*. Estrasburgo, Francia.
47. Pilotti, F. (2001). *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*. Santiago, Chile: Cepal.
48. *Portal de Datos sobre Migración*. (2020). Obtenido de Migration data Portal: <https://www.migrationdataportal.org/es>
49. *Real Academia Española*. (2021). Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/migrar>
50. Representante Especial sobre la Violencia contra los Niños de Naciones Unidas. (24 de mayo de 2019). *Los Derechos del Niño en la Agenda 2030*. Obtenido de Violence against children: <https://violenceagainstchildren.un.org/es/content/los-derechos-del-ni%C3%B1o-en-la-agenda-2030>
51. Sokolska, I. (2022). *El Tratado de Niza y la Convención sobre el futuro de Europa*. Estrasburgo: Fichas Temáticas sobre la Unión Europea.
52. The UN Human Rights Office of the High Commissioner. (2019). *Differentiation between regular and irregular*. Obtenido de OHCHR: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/RegularAndIrregular.pdf>
53. The United Nations Human Rights Regional Office for Europe. (Marzo de 2019). *Ending the immigration detention of children in the EU*. Obtenido de OHCHR Regional Office for Europe: <https://europe.ohchr.org/EN/Stories/Pages/ChildImmigration.aspx>
54. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2021). *El TEDH en 50 Preguntas*. Obtenido de European Court of Human Rights: https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf

55. UNICEF. (2004). *A Child 's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*. Nueva York: Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional.
56. Urbina, I., & Galvin, J. (28 de noviembre de 2021). *Europe's border agency under fire*. Obtenido de The Outlaw Ocean Project: <https://www.theoutlawocean.com/investigations/the-secretive-prisons-that-keep-migrants-out-of-europe/subsequent-coverage/europes-border-agency-under-fire/>
57. Vargas Cardenas, A. (2020). *Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre Derechos Humanos*, Aseroría Técnica Parlamentaria Biblioteca del Congreso Nacional.

Recursos en línea

1. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (marzo de 2022). *Rights of the Child*. Obtenido de FRA Official Web Site: <https://fra.europa.eu/en/theme/rights-child>
2. Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (20 de Abril de 2021). *El Comité de los Derechos de los Trabajadores Migrantes de la ONU emite conclusiones sobre Chile*. Obtenido de Sitio web de Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/es/2021/04/un-committee-migrant-workers-issues-findings-chile?LangID=S&NewsID=27010>
3. Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados. (16 de Marzo de 2016). *Preguntas frecuentes sobre los términos "refugiados" y "migrantes"*. Obtenido de Sitio Web de ACNUR: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/3/5b9007344/preguntas-frecuentes-sobre-los-terminos-refugiados-y-migrantes.html>
4. Centro de Investigación Periodística. (28 de marzo de 2022). *Qué hemos aprendido sobre irregularidad migratoria*. Obtenido de CIPER Chile: <https://www.ciperchile.cl/2022/03/28/que-hemos-aprendido-sobre-irregularidad-migratoria/>

5. Comité español de la Agencia de la ONU para los Refugiados. (14 de mayo de 2020). *Desnutrición infantil en el mundo*. Obtenido de sitio web EACNUR: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/desnutricion-infantil-en-el-mundo>
6. Consejo de Europa. (12 de mayo de 2022). *Síntesis del Consejo de Europa, Estructura*. Obtenido de Web oficial del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/es/web/about-us/structure>
7. Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
8. Corte IDH. (2019). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Sitio Web de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/16/>
9. Defensoría de la Niñez. (2022). *Comité de los Derechos del Niño*. Obtenido de Sitio web de la Defensoría de la Niñez: <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/comite-de-los-derechos-del-nino/>
10. DAES de Naciones Unidas. (2020). *Número total de migrantes internacionales 2020*. Obtenido de Migration Data Portal: https://migrationdataportal.org/es/data?i=stock_abs_&t=2020
11. Garcia Espinar, J. (2022). *Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), El papel del TJUE en la protección de los Derechos Humanos*. Obtenido de Sitio web Fundación acción pro derechos humanos: <https://derechoshumanos.net/tribunales>
12. La Agencia de la ONU para los refugiados. (2017). *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Respuestas a la preguntas frecuentes*. Obtenido de Sitio Web ACNUR: <https://www.acnur.org/5b58c0784.pdf>
13. Marzocchi, O. (mayo de 2022). *La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Obtenido de Web Oficial del Parlamento Europeo:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/146/la-carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-union-europea>

14. Mejor Niñez. (5 de octubre de 2022). *Preguntas Frecuentes*. Obtenido de Sitio Web Oficial del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia: <https://www.mejorninez.cl/preguntas-frecuentes.html>
15. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (3 de mayo de 2022). *Proyecto de Ley: Nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil*. Obtenido de Sitio Web Oficial del Ministerio de Justicia y Derechos humanos: <https://www.minjusticia.gob.cl/nuevo-servicio-nacional-reinsercion-social-juvenil/>
16. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2021). *Normativa internacional que rige la política de migración*. Obtenido de Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/es/migration/international-standards-governing-migration-policy>
17. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2022). *Introducción al Comité*. Obtenido de Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/monitoring-childrens-rights>
18. Organización Internacional del Trabajo . (2022). *Ratificación del C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973*. Obtenido de Sitio web OIT: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312283
19. Parlamento Europeo. (10 de 6 de 2022). *About Parliament*. Obtenido de Web oficial del Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en>
20. Parlamento Europeo. (10 de marzo de 2022). *Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño*. Obtenido de Web Oficial del Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights>

21. Parlamento Europeo. (29 de septiembre de 2022). *Qué puede hacer la UE ante la vulneración de los valores europeos (infografía)*. Obtenido de Web Oficial del Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20180222STO98434/que-puede-hacer-la-ue-ante-la-vulneracion-de-los-valores-europeos-infografia>
22. Plataforma de infancia España. (2022). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Obtenido de Sitio web plataforma de infancia España: <https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>
23. SENAME. (28 de Septiembre de 2022). *Más de 200 funcionarias y funcionarios de Sename fueron capacitados en temáticas relacionadas con migración*. Obtenido de Sitio web Sename, Justicia y Reinserción Juvenil: <https://www.sename.cl/web/index.php/2022/09/28/mas-de-200-funcionarias-y-funcionarios-de-sename-fueron-capacitados-en-tematicas-relacionadas-con-migracion/#:~:text=A%20agosto%20del%202022%20se,todas%20las%20restantes%20del%20pa%C3%ADs.>
24. Servicio Nacional de Menores. (1 de octubre de 2022). *Nuestra Institución*. Obtenido de Página Oficial del SENAME: <https://www.sename.cl/web/index.php/nuestra-institucion/>
25. Servicio Nacional de Migraciones. (8 de agosto de 2022). *Qué es el Servicio Nacional de Migraciones*. Obtenido de Web Oficial del Servicio Nacional de Migraciones: <https://serviciomigraciones.cl/quienessomos/>
26. Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia. (5 de octubre de 2022). *Mejor Niñez: Misión y Visión*. Obtenido de Sitio Web Oficial del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia: <https://www.mejorninez.cl/mejor-ninez.html>
27. UNICEF. (2015). *17 millones de niños sufren desnutrición aguda grave en el mundo*. Obtenido de Sitio web UNICEF: <https://www.unicef.es/prensa/17-millones-de-ninos-sufren-desnutricion-aguda-grave-en-el-mundo>

28. Unión Europea. (15 de diciembre de 2017). *Síntesis de la legislación de la UE: El Tratado de Lisboa*. Obtenido de Web oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=legissum:ai0033>
29. Unión Europea. (2022). *Acuerdos fundacionales de la Unión Europea*. Obtenido de Web oficial de la Unión Europea: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/founding-agreements_es
30. Unión Europea. (31 de Agosto de 2022). *Historia de la Unión Europea 1990-99*. Obtenido de Sitio web oficial de la Unión Europea: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1990-99_en

Normativa

1. Agenda 2030, 2015
2. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1963
3. Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, 1990
4. Carta Europea de los Derechos del Niño, 1992
5. Carta Social Europea, 1961
6. Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 1978
7. Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951 y su Protocolo de Nueva York, 1967
8. Convención de Viena, 1969
9. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989
10. Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950
11. Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, 1977
12. Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, 1996
13. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes Naciones Unidas, 2016

14. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 1948
15. Decreto Ley N° 1.094, 1975
16. Decreto Ley N° 2.465, 1979
17. El Convenio N.º 182 de OIT, 1999, Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación
18. El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018
19. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000
20. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
21. Ley N° 21.067, 2018
22. Ley N° 21.302, 2021
23. Ley N° 21.325, 2021
24. Ley N° 21.430, 2022
25. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1969
26. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2010
27. Tratado de la Unión Europea, 1992

Jurisprudencia

28. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 de la Corte IDH
29. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 de la Corte IDH
30. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 de la Corte IDH
31. TJUE. “Baumbast and R contra Secretary of State for the Home Department”, Sentencia de 17 de septiembre 2002
32. TJUE. “Parlamento Europeo contra consejo de la Unión Europea”. Sentencia del 27 de junio de 2006

33. TJUE. “Dynamic Medien Vertriebs GmbH contra Avides Media AG”. Sentencia del 14 de febrero 2008.
34. TEDH. “Ponomaryovi contra Bulgaria”. Sentencia del 21 de junio de 2011.
35. TEDH. “Rahimi contra Grecia”. Sentencia del 5 de abril de 2011.
36. TEDH. “Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica”. Sentencia del 12 de octubre de 2006.
37. TEDH. “Mohamad contra Grecia”. Sentencia del 11 de marzo de 2015.
38. TEDH. “Abdulalahi Elmi y Aweys Abubakar contra Malta”. Sentencia del 22 de febrero de 2017.
39. TEDH. “Moustahi contra Francia”. Sentencia del 25 de junio de 2020.
40. TEDH. “MH y Otros contra Croacia”. Sentencia del 18 de noviembre de 2021.
41. TEDH. “Popov contra Francia”. Sentencia del 19 de enero de 2012.
42. TEDH. “A.B. y Otros contra Francia”. Sentencia del 12 de julio de 2016.
43. TEDH. “R.K. y Otros contra Francia”. Sentencia del 12 de julio de 2016.
44. TEDH. “Bistieva y Otros contra Polonia”. Sentencia del 10 de abril de 2018.
45. Corte IDH. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012.
46. Corte IDH. “Vera Rojas y Otros vs Chile”. Sentencia del 1 de octubre de 2021.