



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

MAGÍSTER EN DERECHO DE
FAMILIA(S) Y DERECHO DE
LA INFANCIA Y DE LA
ADOLESCENCIA

EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA NIÑEZ NO ACOMPAÑADA Y SEPARADA EN CHILE.

Actividad Formativa equivalente a Tesis (AFE) para optar al grado de
Magíster en Derecho de Familia Infancia y adolescencia

Carmen Adriana Cortés Puello

Prof. Guía:

Dra. Cecilia Domínguez Valverde

Santiago de Chile

Septiembre, 2023

ÍNDICE

| | Página |
|---|--------|
| 1.- INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| 2.- SISTEMA DE PROTECCIÓN UNIVERSAL Y REGIONAL DEL DERECHO DEL NIÑO NO ACOMPAÑADO Y SEPARADO A VIVIR EN FAMILIA. | 6 |
| 2.1 El concepto de familia en el contexto de situación de movilidad de niños niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de sus padres en el derecho internacional..... | 7 |
| 2.2 El concepto de familia en el contexto de situación de movilidad de niños niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus padres en el derecho nacional chileno..... | 8 |
| 2.3 Del derecho de la niñez migrante no acompañada/separada a vivir en familia | 12 |
| 2.3.1 El interés superior del niño como principio rector en la protección del derecho a vivir en familia del niño no acompañado/ separado. | 14 |
| 2.4 Reunificación familiar, cuidados alternativos y retorno en la normativa en el derecho internacional humanitario. | 21 |
| 3.-EL DEBER DE PROTECCIÓN REFORZADA DEL ESTADO DE CHILE AL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA NIÑEZ MIGRANTE NO ACOMPAÑADA Y SEPARADA..... | 23 |
| 3.1 La institucionalidad de la niñez migrante no acompañada..... | 25 |
| 3.2 El derecho a vivir en familia: reunificación familiar, cuidados alternativos y retorno en la normativa nacional del niño no acompañado/separado y en la jurisprudencia..... | 34 |
| 3.2.1 Análisis de medidas de protección de los tribunales de familia..... | 37 |
| 3.3. Niñez no acompañada y separada: refugio y protección | |

| | |
|----------------------|----|
| complementaria..... | 41 |
| 4. CONCLUSIONES..... | 43 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 46 |

AGRADECIMIENTOS

De la boca de los niños
y de los que maman,
fundaste la fortaleza.
Salmo 8:2

Quiero agradecer a Dios, por permitirme servir a través de mi profesión a familias extranjeras y niños migrantes, quienes fueron la motivación para hacer este magíster de perfeccionamiento y trabajo de investigación. A mi esposo Andrés, mis pequeños hijos David y Juan Marcos, por la paciencia que han tenido conmigo por su tiempo mientras estudio y a la profesora Cecilia Domínguez, por su aporte en este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años (2019-2022) Chile ha enfrentado uno de los mayores retos humanitarios por causa del masivo ingreso de ciudadanos extranjeros de nacionalidad venezolana al país por pasos no habilitados en la zona norte, siendo la Comuna de Colchane una de las principales receptoras de inmigrantes, entre los cuales se cuentan niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo a datos administrativos de Carabineros de Chile, de enero a diciembre de 2021 se estima que 6.114 niños cruzaron la frontera por pasos no habilitados, de los cuales 5.257 son niños venezolanos. Sólo la región de Tarapacá alberga 311 niños extranjeros menores de 1 año y 5.410 niños entre los 2 y 17 años de edad¹.

Por su parte el Tribunal de Familia de Iquique ha señalado que en el mes de octubre de 2019 ingresaron 505 niños, niñas y adolescentes por el paso no habilitado emplazado en la comuna de Colchane, manteniendo vigente el Tribunal de Familia de Iquique causas de 130 niños, niñas y adolescentes, de los cuales 15 no están acompañados por un adulto².

Unicef estima que hay 36 millones de niños en el mundo en situación de movilidad. La mayoría de los niños que emigran lo hacen dentro de sus propias regiones de nacimiento, como es el caso de Venezuela, siguiendo a los adultos que los tienen bajo su cuidado o solos³. Todos ellos con necesidades de protección en razón a su edad, condición migratoria irregular y no acompañamiento o separación de su familia. De esta forma, aunque algunos niños no reúnan las condiciones requeridas por la ley local para ser solicitantes de refugio o refugiados, de igual forma requieren de protección por parte del Estado receptor o de tránsito.

La diáspora venezolana constituye no sólo un desafío humanitario, sino que requiere un análisis de la situación legal y judicial de los mecanismos de protección que velan por el derecho del niño a vivir en familia en Chile. Específicamente, es necesario analizar la situación de los niños que ingresan por paso no habilitado, que se encuentran en situación migratoria irregular y están desprovistos del acompañamiento de sus padres y familia o están separados de ella, debido a que sus progenitores también han sufrido vulneración de derechos en su propio país a causa del conflicto interno que adolece Venezuela. Una crisis democrática que se refleja en la economía del país que afecta a todos los ciudadanos. En ese contexto, las familias tienen serios impedimentos para ser los primeros en proveer el cuidado y bienestar que los niños necesitan dentro del hogar, siendo la familia también vulnerable y vulnerada, forzada a migrar. En ocasiones, son los padres los primeros en migrar, en otras, son los niños

¹ Fuente: Carabineros de Chile. Ley de Transparencia solicitados, organizados y analizados por el área de estudios e incidencia del SJM -Servicio Jesuita a Migrantes-

² Corte Suprema (2020). Oficio No 81-2020. Situación NNA Migrantes[En línea] Santiago <<https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/9459>> [consulta:03 agosto 2023]

³ Unicef (2021). Migración Infantil. [En línea] <<https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>> [consulta: 03 agosto 2023]

acompañados con un adulto de confianza o familiar, siempre con el propósito de cumplir expectativas que no se cumplen en Venezuela: el acceso a trabajo con ingresos que permitan solventar necesidades básicas como alimentación y salud, el ejercicio libre de la democracia, seguridad entre otros.

De acuerdo con Hernández las razones identificadas para migrar en la región surgen de la violencia, las violaciones de derechos humanos, la pobreza, la desigualdad y la crisis de democracia, todo lo cual conduce a las personas a procesos de discriminación estructural que impiden el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus expectativas en el país de origen. Tradicionalmente en Latinoamérica el corredor migratorio ha sido sur-norte, desde México a Estados Unidos (incluyendo otros países centroamericanos). Desde 2013 se identificó un incremento de la población infantil migrante acompañada o sola hacia los Estados Unidos; contándose para el año 2015 por lo menos 60.000 niños no acompañados. Esta crisis vino acompañada con políticas del Gobierno de los Estados Unidos de separación de niños de sus familias con el propósito de desincentivar la migración.⁴

Las niñas y los niños se trasladan de un país a otro por distintas causas, entre ellas, para reunirse con sus padres o familiares que ya han migrado. Como esta población infantil viaja sola o acompañada por un adulto que no necesariamente pertenece a su familia, su situación de vulnerabilidad los convierte en sujetos de especial protección de parte de los Estados, estando tanto los Estados de tránsito como de destino obligados a adoptar medidas legislativas y judiciales a fin de proteger los derechos del niño migrante no acompañado y separado.

La migración internacional por razones forzadas y, en especial, el ingreso de niños por las fronteras sin acompañamiento es un fenómeno reciente en Chile, por lo que se constituye en un tema de estudio, cuyo enfoque en este caso es el derecho del niño a vivir en familia.

Entre las fuentes normativas que regulan los derechos de los niños y niñas se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), ratificada por 196 países, entre los cuales se encuentra Chile. Existen, a su vez, instructivos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de establecer estándares de protección específicos para la niñez migrante, así como el Comité de Derechos del Niño; entre ellos: la Opinión Consultiva 21 (2014) de la CIDH sobre “Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional”; la Observación General No 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño sobre “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, v.gr.

⁴ HERNÁNDEZ, T. A. (2019). Estándares aplicables para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia de la niñez migrante. México. Tirant lo Blanch. Pág. 15

El arribo de este fenómeno en Chile coincide con un proceso de adecuación de las leyes e instituciones a los derechos consagrados en la Convención⁵ y de reformas a la legislación migratoria, todo ello entre los años 2021 y 2022. Son ejemplos de ello: la Ley 21.340 de 2022 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, la Ley 21.302 de 2021 que crea el Servicio de Protección Especializada de niñez y adolescencia y la Ley 21.325 de 2021 de Migración y Extranjería.

Este trabajo busca identificar el sistema de protección universal y regional del derecho del niño no acompañado y separado a vivir en familia. Para ello se ha propuesto establecer cuáles son las relaciones familiares protegidas del niño en esta situación migratoria e identificar los elementos que determinarán el interés superior del niño en la toma de decisiones transitorias o duraderas que garanticen este derecho de acuerdo con las normas internacionales.

En segundo lugar, es objeto de este trabajo determinar si la legislación actualmente vigente en Chile se adecúa a los estándares internacionales que garantizan los derechos humanos de los niños en situación migratoria irregular no acompañados o separados de su familia, en relación al derecho del niño a vivir en familia. Para ello se investiga cuáles son las instituciones que garantizan y restituyen el derecho a vivir en familia de la niñez migrante no acompañada y separada, se indaga cuáles son las medidas de protección que cautelan este derecho, estudiando la reunificación familiar, los cuidados alternativos y el refugio como instrumentos de protección internacional. Finalmente, se analizarán medidas de protección conocidas principalmente por el Tribunal de Familia de Iquique, que tengan relación con niñez migrante de nacionalidad venezolana en situación migratoria irregular no acompañada y separada. Ello, dado que ese tribunal se emplaza en la comuna de Colchane, Región de Tarapacá en el norte de Chile, lugar en que se encuentra uno de los pasos no habilitados más utilizados por la niñez no acompañada o separada.

Se espera que este trabajo sea útil para todos aquellos que trabajan con niñez vulnerada, infancia migrante no acompañada y separada y, especialmente, de nacionalidad venezolana.

2.- SISTEMA DE PROTECCIÓN UNIVERSAL Y REGIONAL DEL DERECHO DEL NIÑO NO ACOMPAÑADO Y SEPARADO A VIVIR EN FAMILIA:

⁵ De acuerdo a informe de políticas de infancia de la Región de Aysén en el año 2018 Chile era uno de los dos países de Latinoamérica que no había adecuado su legislación con la Convención de Derechos del Niño. Ver: PONCE F, Erika. (2018). Informe Políticas Públicas de Infancia en Chile y Antecedentes Región de Aysén. [En línea]. Chile
<<https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=transparencia&ac=doctoInformeAsesoría&id=428>>
[consulta:03 agosto 2023] Pág. 4 .

El Derecho del niño a vivir en familia, es de aquellos derechos subjetivos que requieren para su eficaz protección delimitar cuáles son las relaciones familiares del niño que son protegidas de acuerdo a la normativa internacional y nacional. Para esto es relevante analizar el concepto de familia en el contexto de movilidad del niño que no está acompañado por sus padres biológicos, tutores legales o quien de acuerdo a la costumbre debe ejercer este rol y también de los separados de alguno de los miembros de su familia.

Una vez identificadas las relaciones de familia del niño en dicha situación, se analizará el derecho del niño no acompañado y separado a vivir en familia, el Estado como garante de este derecho, cuestión que necesariamente tendrá como punto importante para su análisis el principio del interés superior del niño, su evaluación y determinación en las decisiones administrativas y judiciales que le afectan.

2.1 El concepto de familia en el contexto de situación de movilidad de niños niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de sus padres en el derecho internacional.

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño manifiesta el convencimiento de que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión que permita su desarrollo y plenitud, debiendo recibir la protección necesaria para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Si bien, se reconoce la importancia para el crecimiento que el niño viva en el seno de la familia, los tratados internacionales no entregan una definición propiamente tal de familia. En todo caso, las relaciones familiares gozan de especial protección. Para tal propósito el Estado debe velar por que la familia pueda cumplir con su rol a través de acciones preventivas y, de forma subsidiaria, implementar acciones de protección cuando existen circunstancias en las cuales las familias no pueden proporcionar al niño la debida protección y cuidado. Dicha intervención debe tener características de legalidad y no arbitrariedad en la vida privada del niño.⁶

En este trabajo analizaremos el derecho del niño a vivir en familia, cuando el titular de este derecho es un niño en situación de movilidad no acompañado o separado de sus padres. Debe entenderse por niñez no acompañada a cualquier niño, niña o adolescente que viaje sin ninguno de sus progenitores u otros parientes y que no esté al cuidado de un adulto que por ley o costumbre ejerza esa responsabilidad. Por niñez separada debe entenderse a personas menores de edad que están separadas de alguno de sus padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.⁷

⁶ CDN, art.16

⁷ Comité de Derechos del Niño. Observación General #6 Párrafos 7—8 Se entiende por "niños no acompañados" (llamados también "menores no acompañados") de acuerdo con la definición del artículo 1 de

Dos elementos son importantes entonces para analizar el derecho del niño no acompañado o separado a vivir en familia. En primer lugar, corresponde definir cuáles serán las relaciones de familia del niño no acompañado y separado que estarán protegidas en el contexto de migración irregular, atendiendo el éxodo masivo de familias y niños venezolanos hacia el norte de Chile durante el año 2020-2022. Aun cuando es difícil conocer con certeza la cantidad de niños separados o no acompañados que han ingresado a Chile, existe evidencia del ingreso en esta situación por los informes públicos del Tribunal de Iquique a la Corte Suprema.⁸ En segundo lugar, se debe establecer de qué forma los Estados deberían proteger este derecho de la niñez migrante no acompañada/separada a vivir en familia, el que se analizará a partir del ítem 2.3 de este trabajo.

Respecto al primer punto, se analizará el artículo 5 de la CDN, los párrafos 7 y 8 de la Observación General No 6 (2005) y párrafo 59 de la Observación General No 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño. El artículo 5 de la Convención reconoce como relaciones familiares del niño, las que este tenga con sus padres, miembros de la familia ampliada o de la comunidad según establezca la costumbre local, los tutores y otras personas encargadas legalmente. De igual forma los párrafos 7 y 8 de la Observación General N° 6 del Comité del Niño (en adelante O.G) al definir niñez no acompañada/separada dispone que las relaciones de familia del niño no acompañado y separado, son: sus padres, parientes, adulto que por ley o costumbre ejerza esa responsabilidad. La O.G N° 14 complementa esa disposición al referir que: “debe interpretarse el término “padres” en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad según se establezca en la costumbre local”.⁹

Así las cosas, la Convención y las Observaciones Generales N°6 y N°14 nos dan una orientación de lo que debería entenderse como familia del niño no acompañado y separado de su familia y de las relaciones que deberá protegerse en pro de su derecho a vivir en familia. La familia del niño no acompañado será, en primera instancia, sus padres biológicos, los miembros de la familia ampliada o parientes y adultos que tengan tal responsabilidad por ley o costumbre, y por último sus padres adoptivos o de acogida, éstas serán las relaciones de familia del niño que gozarán de protección de acuerdo a la normativa internacional.

la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad. 8. Se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.

⁸ Corte Suprema, Oficio No 81-2020. Situación NNA Migrantes. Santiago, 2020

⁹ El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, afirma que el término “padres” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local. Párrafo 59

2.2 El Concepto de Familia en el contexto de situación de movilidad de niños niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus padres en el derecho nacional chileno.

Chile no era un país receptor de inmigrantes¹⁰. Esta situación comenzó a cambiar de forma gradual. Para el año 2010, según estimación del Departamento de Extranjería y Migración, la población extranjera era de 305.212 constituyendo el 1,8% de la población en Chile. En el censo del año 2017 se estimó que la población extranjera en Chile, residente habitual era de 746.465 personas 4,4%, de acuerdo a registros estadísticos del INE. En el año 2018 la población extranjera se estimó en 1.299.432 (6,9%), cifra que representa un incremento del 74,1 % respecto del Censo 2017. En diciembre de 2021 la población extranjera habitual corresponde a 1.482.390, es decir, el 7,5% de la población en Chile. Venezuela es el país con mayor representación en el colectivo de extranjeros residentes habituales en Chile, correspondiente al 30% de la población extranjera a diciembre de 2021.¹¹

El Servicio Nacional de Migración al realizar un análisis a partir de la estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2021 y otras fuentes de información concluye que “dan cuenta de que con el aumento en la magnitud de los flujos migratorios también ha aumentado el número de NNA inmigrantes en el país”¹². El número de niños y adolescentes (0 a 19 años) es de 198.266 residentes habituales, siendo Venezuela el colectivo de niños y adolescentes extranjeros con mayor representación, siendo el 35% del total¹³. Estas cifras no evidencian la población adulta e infante que entró por paso no habilitado de forma irregular y que no ha solicitado un permiso de residencia. En otras palabras, los adultos e infantes que ingresaron por paso no habilitado y que no tienen una solicitud de residencia no son contabilizados¹⁴. Según el informe niñez y adolescencia migrante del Servicio Nacional de Migración entre los niños y adolescentes censados o contabilizados en registros administrativos posteriores al censo no se puede distinguir entre quienes migran con sus padres, acompañados o no acompañados¹⁵. Ceriani et al. (2014) concluye que, “si bien la data da cuenta de la magnitud de este fenómeno en el mundo, el rol de los NNA en los flujos

¹⁰ En el censo de 1982 la población extranjera residente habitual constituía el 0.82% de la población, en el censo de 2002 se estimó en el 1,2% en el censo de 2017 el crecimiento comenzó a notarse con un 4,4% de población extranjera con residencia habitual.

¹¹ Ver: Servicio Jesuita a Migrantes. (2021)[En línea]< <https://www.migracionenchile.cl/poblacion/> > [consulta: 03 agosto 2023]

Servicio Nacional de Migración. (2021) [En línea] < <https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/> > [consulta: 03 agosto 2023]

¹² Servicio Nacional de Migración (2023). Informe niñez y adolescencia migrante.[En línea] < <https://serviciomigraciones.cl/nuevo-informe-sobre-ninez-y-adolescencia-migrante-en-chile/>> Pág.7 [consulta: 3 agosto 2023]

¹³ Servicio Nacional de Migración (2023). pág. 19

¹⁴ Servicio Nacional de Migración (2023). pág.13

¹⁵ Servicio Nacional de Migración (2023). pág. 9

migratorios aún ha sido poco estudiado, y que, por lo tanto, este grupo de la población, de especial cuidado, ha sido invisibilizado”¹⁶.

No obstante, la dificultad de obtener datos específicos, el fenómeno del ingreso de niñez migrante no acompañada o separada de sus padres es un fenómeno social que se introduce al país a partir de la migración forzada de ciudadanos venezolanos en el año 2020-2022, tal como consta en informes emitidos por el Tribunal de Familia de Iquique a la Corte Suprema¹⁷. Este fenómeno se produce en contexto de pandemia¹⁸, estado de excepción constitucional de catástrofe¹⁹ y fronteras cerradas por motivos de salud pública²⁰. Es por tanto un fenómeno reciente y la normativa nacional no tiene una definición legal respecto a lo que se considera familia de la niñez no acompañada/separada, ni de las relaciones familiares que deben ser protegidas para tal efecto. Tampoco existe una definición del concepto de familia en el Derecho de Familia chileno,²¹ pese a que la familia se considera un bien protegido por el Estado de Chile, pues es el núcleo fundamental de la sociedad, de acuerdo al artículo 1 inciso segundo de la Constitución Política de Chile. Este reconocimiento se reafirma por el establecimiento del deber del Estado de proteger y fortalecer la familia. Sin embargo, al revisar la historia de la Constitución Política de Chile²², no consta discusión respecto del artículo primero al concepto de familia.

De acuerdo a López y otros, la Constitución de España también carece del concepto de familia, pero sí posee principios constitucionales que tienen como punto de referencia la familia. Para el autor es correcto que la Constitución no tenga una definición de la familia, puesto que, de acuerdo a su parecer, el concepto de familia es prejurídico²³, ante todo una realidad social que varía de tiempo en tiempo y de ahí parte la dificultad para conceptualizar la familia. Expresa que lo que interesa al derecho es responder a dos cuestiones: la primera, establecer quiénes forman parte de una familia o núcleo familiar y la segunda, qué integrantes de la familia son destinatarios de las normas jurídicas reguladoras de las relaciones familiares y del sistema de protección pública establecido por las leyes.

¹⁶ Servicio Nacional de Migración (2023). pág. 7 Citado en Informe Niñez y Adolescencia Migrante.

¹⁷ Corte Suprema, Oficio No 81-2020. Situación NNA Migrantes. Santiago, 2020

¹⁸ Decreto 04/2020 del Ministerio de Salud

¹⁹ D.S 104/2020, D.S 107/2020, D.S 269/2020, D.S 400/2020, D.S 646/2020, D.S 76/2021 Min Interior y Seguridad Pública.

²⁰ D. 102/2020 del Min del Interior y Seguridad Pública.

²¹ TRONCOSO, H. (2020) Derecho de Familia. 17ª edición actualizada. Santiago. Editorial Thomson Reuters. “El Código Civil chileno no define la familia entre las normas referentes a ella, posiblemente por estimar el legislador que toda persona tiene en claro lo que es familia. Sin embargo, al tratar los derechos de uso y habitación hace referencia a ella, no definiéndola, sino indicando sus componentes, y ello con suma amplitud, ya que incluye en ella personas que no están vinculadas por lazos de sangre sino de dependencia, art. 815 incisos. 3º y 4º.

²² Biblioteca del Congreso Nacional. Constitución Política. Historia de la Ley.

<<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>> [Consulta: 20 noviembre 2022]

²³ Derecho de Familia. (2015). Ángel López Y López “et al”. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág.13-14

Para el profesor René Ramos Pazos, no existe una definición legal de familia en la normativa chilena²⁴, lo que conlleva incluso a discusiones doctrinales de qué se considera familia y cuál es la familia jurídicamente protegida por el Estado.

Por su parte, Hernán Troncoso²⁵ es de la opinión que la concepción jurídica de familia está ligada al matrimonio y la filiación, el parentesco por consanguinidad o afinidad esto, de conformidad con la normativa de la legislación civil chilena, que a su vez no define la familia por estimar el legislador que las personas tienen claro el concepto de familia.

De forma reciente, la Ley 21.150 de 2019 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, entrega un aporte respecto a lo que debe interpretarse como familia en su artículo 2° numeral primero que indica que la familia es el “núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”

La ley 21.430 de garantías y protección a la infancia, aunque no define el concepto de familia, en el artículo 9 del texto expresa que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y “que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, de manera de otorgarle a los padres y/o madres y cuidadores las herramientas necesarias para el ejercicio de su función”.

Si bien la legislación interna carece de una definición legal de familia, es concluyente que en el caso de la niñez y el derecho a vivir en familia, importa definir quienes forman parte de la familia del niño con el propósito de resguardar su derecho a la vida familiar. Nuestro enfoque en relación a la familia de la niñez migrante no acompañada y su derecho a vivir en familia, se centra en la protección de las relaciones familiares del niño, de conformidad con lo expresado en especial por la normativa internacional de derechos del niño, léase Convención sobre los Derechos del Niño, y las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, comentadas anteriormente. Estas normas resultan aplicables de conformidad con el artículo 5 inc. 2 de la Constitución Política que expresa: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, estando esta Convención ratificada por el D. 830 de 1990, aún vigente.

En relación a la normativa nacional en Chile se protegen las relaciones de familia, con prioridad que el niño mantenga vínculos con sus progenitores, familia extendida o un adulto de confianza del niño, prefiriendo los cuidados en ambientes de familia y no residenciales (Art. 27 Ley 21.430; art. 71 lit. a), b) c) Ley 19.968)

²⁴ RAMOS PAZOS, René. “Derecho de Familia”. 7ma edición. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2010. P. 9-25

²⁵ TRONCOSO, H. (2020)

Así las cosas y teniendo en cuenta la situación excepcional de la niñez migrante no acompañada/separada se puede concluir que las relaciones familiares que son objeto de tutela son aquellas que el niño tenga con sus padres biológicos, parientes, adulto de confianza del niño, los que por ley o costumbre ejerzan la responsabilidad de cuidado, sustento y protección del niño; incluidos los padres adoptivos y de acogida.

2.3 Del Derecho de la niñez migrante no acompañada/separada a vivir en familia.

Respecto al segundo punto, sobre cómo los Estados deberían proteger el derecho del niño migrante no acompañado/separado a vivir en familia se analizará en este ítem la normativa internacional y el principio rector del interés superior del niño como eje en la toma de decisiones del Estado y que afectan al niño.

De acuerdo a Lathrop, toda persona tiene derecho a preservar relaciones con su familia, a no ser separado de ella y a permanecer en su familia de origen, lo que es esencial cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.²⁶

El derecho a la vida familiar se encuentra consagrado en distintos instrumentos universales, regionales y también nacionales. Es así que el art. 16.3 de la Declaración de los Derechos Humanos expresa que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado²⁷ y el 25.2 en relación a la infancia asegura que esta tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.²⁸

Los artículos 8 y 9 de la CDN indican que el Estado debe promover y proteger el derecho del niño a vivir en familia y a preservar las relaciones con su familia de origen, siendo una excepción reglada la separación del niño de sus padres. Cuando es el Estado quien interviene en esta separación, debe ser siempre en el interés superior del niño cuando la familia no haya logrado el objetivo de cuidar al niño, como cuando ha sido objeto de maltrato o descuido.²⁹ Para tomar una medida de separación, el Estado debe haber intervenido para ayudar a esta familia a lograr tales objetivos de protección y cuidado.³⁰

²⁶ LATHROP, F. (2017). El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales. Estudios de derecho familiar III: Terceras Jornadas Nacionales Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Coordinación: Domínguez, Carmen. Pág. 414

²⁷ En idéntica forma se reconoce la familia como elemento fundamental y natural de la sociedad en el art. 17 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

²⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 19. Derechos del Niño 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

²⁹ CDN, art. 9,1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

³⁰ CDN, art. 27. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar

En cuanto a la excepcionalidad de la separación del niño y su familia, la Opinión Consultiva 17 (2002) desarrolla este principio en los párrafos 71 a 77. En ellos establece que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual es llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, por lo que dividir la familia es una de las interferencias más graves a los derechos de los niños, por lo que debe ser justificada por el interés superior del niño. A su vez, la Resolución 64/142 de la ONU en relación con los niños separados/ no acompañados que viven en el extranjero especifica que ellos deben gozar, en principio, del mismo nivel de protección y cuidado que los niños nacionales del país donde se encuentran.

Una de las formas en que el Estado ayuda a cumplir a los padres de niños migrantes a proteger y cuidar de sus hijos es facilitar la regularización migratoria a través de la entrega de permisos de residencia fundados en razones como la unidad de la familia, las relaciones laborales, la integración social y otros como el arraigo³¹.

No obstante, la protección estatal de la vida en familia se complejiza en relación a la niñez migrante separada/no acompañada, siendo el principio rector del interés superior del niño primordial para responder este interrogante. La Observación General No 14 del Comité del Niño en el título V sobre evaluación y determinación del interés superior del niño, párrafos 46 al 79, define los elementos que deben tenerse en cuenta al aplicar este principio en las decisiones judiciales o administrativas. Aunque todas ellas son importantes, interesa en relación al derecho del niño no acompañado/separado a vivir en familia los siguientes elementos: la preservación del entorno familiar y las relaciones del niño (párrafos 58,70,66), la escucha de su opinión (párrafos 53,54) y protección de la identidad del niño (párrafos 55-57).

Cuando las relaciones familiares del niño se ven interrumpidas por la migración, siendo posible que los niños estén sin sus padres, la Observación General N° 14 señala que la preservación de la unidad familiar debe tenerse en consideración al momento de determinar el Interés Superior del Niño (en adelante ISN). Asimismo, debe considerarse la opinión del niño migrante de conformidad con su edad y madurez, sin que exista discriminación por ser parte de un grupo minoritario. Igualmente, se deben considerar la identidad cultural, la personalidad y nacionalidad del niño para determinar dicho interés.

El Comité de Derechos del Niño señala, en relación a las obligaciones jurídicas de los Estados partes y la niñez migrante que se encuentra en su territorio, que el Estado debe adoptar soluciones que respeten el interés superior del niño, junto con el ejercicio de sus derechos a la vida familiar y libertad, por medio de leyes, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con los miembros de su familia o sus tutores sin estar sometidos a custodia en un entorno comunitario, mientras se resuelve su situación como migrantes y se evalúa cuál

efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

³¹ Párrafo 31 O.G 23 Conjunta No 4

es su interés superior. En el caso de los niños que no estén acompañados, orienta a que deben recibir protección y asistencia especial del Estado en forma de cuidados alternativos y alojamiento de conformidad con las Directrices sobre las modalidades de cuidados alternativos.³² Como se debe proteger el derecho a preservar sus relaciones de familia en conformidad con su interés superior, es deber del Estado adoptar soluciones permanentes que respeten su derecho a vivir en familia, siendo uno de las principales soluciones la reunificación familiar.

2.3.1 El Interés Superior del Niño como principio rector en la protección del derecho a vivir en familia del niño no acompañado/separado.

En relación a la niñez migrante, el derecho a la protección de la vida familiar debe respetarse en concordancia con la protección que se le reconoce a la vida familiar en la Convención Internacional de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares³³. Dicha convención fue aprobada por el Congreso Nacional y promulgada mediante Decreto 82 de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, señalando en el artículo 14 que ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a injerencias arbitrarias e ilegales en su privacidad y vida familiar teniendo derecho a ser protegidos por la ley contra tales ataques. Esto, en concordancia con el art. 44 en el que expresa que los Estados Partes reconocen que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad, por tanto, tiene derecho a la protección del Estado, el cual deberá adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

Por su parte, la Observación General Conjunta N° 23 y 4 establece que el derecho a la vida familiar debe ser plenamente respetado, protegido y aplicado en relación con todos los niños sin ningún tipo de discriminación por su condición migratoria o nacionalidad. Además, los Estados deben abstenerse de tomar medidas que impliquen la separación familiar e injerencias arbitrarias en el derecho a la vida familiar del niño, y deben intervenir con acciones positivas para mantener la unidad familiar, incluyendo la reunión de familiares separados³⁴.

El interés superior del niño debe guiar, como principio rector de la actuación del Estado³⁵, la protección del derecho de la niñez migrante no acompañada/separada a vivir en familia. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Si bien,

³² Comité de Derechos del Niño. O.G Conjunta No 23/2017 y 4 Párrafo 11

³³ Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Arts. 14,17 y 44

³⁴ Párrafo 27

³⁵ Convención de Derechos del Niño Párrafo 3

algunos opinan que es una noción de carácter indeterminado³⁶ la doctrina apunta a la objetivación de este principio³⁷ señalando que el interés superior del niño en primera instancia consiste en la protección de los derechos humanos contenidos en la Convención sobre los Derechos del niño y en la misma ley.

De otro lado, la determinación del interés superior del niño es una función que le compete al Estado para tomar las decisiones más adecuadas para la protección del niño migrante. En el cumplimiento de ese propósito, la Observación General N° 14 del Comité del Niño es útil para orientar en la determinación y aplicación del ISN, ya que aborda algunos aspectos tales como:

- i) Los sujetos de derecho público y privado responsables de determinar el interés superior del niño.
- ii) El contenido del interés superior del niño en sus tres dimensiones: como derecho sustantivo, como principio de interpretación y como norma de procedimiento.
- iii) Los elementos de ponderación del interés superior del niño en situación de movilidad. Este aspecto le dará al organismo los elementos necesarios a considerar para resolver y tomar la decisión más adecuada para la protección del niño migrante.

Esta observación da a conocer cuáles son los sujetos de derecho público y privado que deben guiar su accionar por este principio rector señalando que todas las medidas que tomen “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” deben aplicar el principio de interés superior, así como los padres y guardadores de niños y niñas comprendiendo que, dado que el niño es sujeto de derechos, la autoridad parental tiene como límite el respeto a los derechos humanos del niño.³⁸ Así las cosas, el Estado receptor de niños migrantes deberá aplicar y determinar el interés superior del niño en todas las medidas que tomen las instituciones públicas, privadas

³⁶ RAVETLLAT, I, & PINOCHET, R (2015) afirma en el artículo: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”, en la parte introductoria que “Es bien sabido que buena parte de la doctrina ha puesto en tela de juicio la efectiva utilidad del concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño. Ciertamente es que la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto, aspecto este que facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose; no obstante, esa misma circunstancia le ha valido un gran número de críticas fundamentadas, esencialmente, en su alto grado de indeterminación”.

³⁷ CILLERO, MIGUEL (1999) y AGUILAR, Gonzalo (2008). Son de esta opinión Miguel Cilleros y Gonzalo Aguilar. Por ejemplo, Gonzalo Aguilar es de la opinión que “en realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños” pág. 46

Por su lado, Cilleros concluye que “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos” derechos que se encuentran en la misma Convención de los Derechos del Niño o en la Ley.

³⁸ RAVETLLAT, I & PINOCHET, R. (2015) pág. 913.

de bienestar social (en el caso chileno los colaboradores del Servicio Mejor Niñez v.gr), los tribunales (de Familia) las autoridades administrativas (Oficinas de Protección de Derechos -OPD/ Oficina Local de la Niñez -OLN-) y sus órganos legislativos.

En segundo lugar, este principio tiene un contenido dinámico, pues su determinación debe evaluarse según el contexto.³⁹ Como se dijo, este concepto se aborda desde tres dimensiones. Como derecho sustantivo puede invocarse en tribunales y consiste en una consideración primordial que, al sopesar distintos intereses sobre una cuestión debatida o la garantía de un derecho -como el derecho a vivir en familia-, se debe poner en práctica para adoptar la decisión más adecuada para el niño y que garantice sus derechos humanos fundamentales. Es un principio de aplicación inmediata y que orienta la ponderación de derechos en una situación en particular.⁴⁰ Que se considere un principio jurídico de interpretación implica que cuando una norma admita más de una interpretación se debe preferir aquella que garantice de manera más efectiva el interés superior del niño, según el marco interpretativo de los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos⁴¹. Por último, que sea una norma de procedimiento supone que *“siempre que se tenga que tomar una decisión que afecta a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”*^{42,43} La dimensión procesal de este principio se traduce en que antes de tomar una resolución respecto a la vida familiar de un niño⁴⁴, se realice una evaluación y

³⁹ Comité de Derechos del Niño. O.G No 14 Párrafo 6 y 85. Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. El Concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento.

⁴⁰ Comité de Derechos del Niño. O.G 14 Párrafo 6 Y 11

⁴¹ Comité de Derechos del Niño. O.G 14 Párrafos 6 y 11

⁴² Comité de Derechos del Niño. O.G 14 Párrafo 11

⁴³ Al respecto es de particular interés las resoluciones dictadas por el Tribunal de Familia de Iquique en las que fundamenta con dicha normativa las decisiones que se involucran en las medidas de protección de niñez migrante en situación migratoria irregular y separado de su familia.

⁴⁴ Véase Carreta, Francesco. ¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la Observación General 14 del Comité del Niño” en: Revista Ius et Praxis, año 27, N 2, Talca, Chile, 2021 y las opiniones de Marcela Acuña San Martín en el artículo emitido para Mercurio Legal “El interés Superior del Niño como regla de procedimiento” que expresa: Lo anterior requiere de un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los niños y el disfrute de sus derechos, a fin de prever las consecuencias que les afecten, favoreciendo la tutela concreta incluso por sobre las formalidades procesales. No se trata solo de resolver un asunto interpretando las normas sustantivas según tal estándar o aplicando como criterio de

determinación de su interés superior. Esto implica que las resoluciones que concretan las decisiones que afectan a los niños en situación de movilidad separados y no acompañados, deberían indicar no solo que atienden al ISN, sino también los criterios y ponderaciones que se han considerado al momento de tomar la decisión en cada caso concreto.

En tercer lugar, la Observación General 14 del Comité del Niño en el título V ofrece criterios para la evaluación y determinación del interés superior que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad. Así, señala los siguientes elementos: escuchar la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar, la preservación de la unidad familiar, la obligación del Estado de garantizar por su cuidado y bienestar, la situación de vulnerabilidad (calidad de refugiado, perteneciente a grupo minoritario) y el acceso a derechos de salud y educación.⁴⁵

Al momento de tomar una decisión respecto al niño no acompañado/separado, el Estado deberá garantizar el derecho a vivir en familia del niño no acompañado/separado teniendo en cuenta la aplicación del ISN en el proceso de adopción de las medidas que protegen el derecho a vivir en familia y su prevalencia frente a otros derechos, incluyendo la soberanía de los Estados en materia migratoria.⁴⁶

A nivel interno, de particular interés son las resoluciones del Tribunal de Familia de Iquique en relación a la justificación de sus decisiones de medidas de protección ordenadas a favor de niños separados/ no acompañados en situación migratoria irregular. Se trata de resoluciones que se fundan en el interés superior del niño por sobre su situación migratoria que, en términos generales, garantizan el acceso a salud, educación e identidad del niño. En particular, dichas resoluciones se fundan en la Observación General 14 y Circular 6 del Comité del Niño en la que expresa que **las medidas adoptadas deben ser evaluadas en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él**, así mismo señalan que **el disfrute de los derechos estipulados en la Convención de Derechos del Niño no está limitada a los menores que han nacido en el país de origen sino también aplicables a todos los menores con independencia de su nacionalidad, situación en términos migratorios o de apátrida**. Aunque en ninguna de ellas existe una medida específica en relación a la vida familiar, se puede deducir que se mantienen las relaciones familiares establecidas por el niño durante su itinerario migrante, pues el Tribunal decide en estos casos radicar el cuidado personal provisorio en el familiar o adulto que acompaña al niño en el

resolución del concreto conflicto el interés superior del niño, sino de llevar adelante la función jurisdiccional considerando siempre dicho interés, pues tal principio también debe concretarse en el ámbito procesal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903118&Path=/0D/C7/>

⁴⁵ Comité de Derechos del Niño. O.G 14 Párrafos 52-84

⁴⁶ Comité de Derechos del Niño. O.G Conjunta No 23 y 4 Párrafo 28 expresa: *El derecho a la unidad de la familia para los migrantes puede interferir con los intereses legítimos de los Estados que adopten decisiones acerca de la entrada o la estancia en su territorio de personas que no tienen su nacionalidad. Sin embargo, los niños en el contexto de la migración internacional y las familias no deberían ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegítimas en su vida privada y familiar.*

viaje, algunos de ellos con el propósito de reunirlos con sus familias en el territorio chileno. A pesar de ello las resoluciones carecen de un motivo fundado para otorgar los cuidados provisorios al adulto responsable.⁴⁷

Las resoluciones judiciales del Tribunal de Familia de Iquique, aun cuando toman en consideración la O.G 14 (2013) y N° 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño para fundar sus decisiones, nada dicen en relación al caso particular, no explican la ponderación de derechos, ni los criterios o elementos para determinar el ISN; cuestión de la que tampoco hay evidencia previa a la iniciación de la medida de protección.

La O. G Conjunta N° 23/4 (2017) señala que estos elementos de determinación del interés superior del niño deberían ser integrados a las leyes, políticas, medidas y prácticas administrativas y judiciales a fin de garantizar el derecho del niño migrante separado/no acompañado a vivir en familia, así como adoptarse medidas para evitar la postergación indebida en la obtención de permisos, documentos de identificación, solicitudes de residencia, regularización de situación migratoria, refugio, entre otros procedimientos que afectan de forma negativa los derechos de los niños, entre ellas, la reunificación familiar.⁴⁸ La misma observación señala que en los procedimientos de determinación del interés superior del niño debe garantizarse por lo menos el acceso al territorio, cualquiera que sea la documentación que posea el niño, aun cuando carezca de ella⁴⁹. Este punto es crucial respecto de la migración de niños de nacionalidad venezolana ya que aquellos menores de 9 años o mayores de esa edad que iniciaron su itinerario migrante antes de cumplir los 9 años no tienen acceso a un documento de identidad. Ante la ausencia de documentación que identifique al niño y la relación filial con sus acompañantes, es necesario que se produzca también una instancia administrativa o judicial especializada para determinar la filiación materna o paterna de sus acompañantes, todo lo cual hace parte de la determinación del interés superior del niño migrante no acompañado o separado.⁵⁰

⁴⁷ Esto se puede observar en las medidas siguientes medidas de protección en las que el Tribunal decide que los cuidados provisorios se radiquen en el familiar o el adulto responsable del niño, aun cuando estas medidas no tienen relación con la vida familiar sino con acceso a derechos, el juez resuelve también respecto a los cuidados del niño: véase P-2535-2022, P-1626-2022, P-1908-2022 del Tribunal de Familia de Iquique.

⁴⁸ Comité de Derechos del Niño. O.G Conjunta N° 23 y 4 Literal C Garantías Procesales y acceso a la justicia Párrafos 15 17

⁴⁹ Comité de Derechos del Niño. O.G Conjunta N° 23 y 4, Párrafo 17

⁵⁰ Los niños venezolanos obtienen su carnet de identidad a partir de los 9 años, antes de esa edad su documento de identificación es el acta de nacimiento. - En ocasiones sólo portan el acta del hospital donde nació el niño identificando a la madre. En la praxis los documentos no son legalizados o apostillados, a veces portan fotocopias simples del original y muy baja calidad que dificultan la labor de identificar plenamente al niño y su filiación. Véase Medida de Protección del Tribunal de Iquique de fecha 11 de noviembre de 2022 P-2707-2022, niña de nacionalidad venezolana de 6 años de edad a cargo de su abuela paterna, cuya identificación en autos es su acta de nacimiento. De igual forma sucede en P-2738-2022 del Tribunal de Familia de Iquique, medida de protección de fecha 14 de noviembre de 2022, niño de 2 años de edad de nacionalidad venezolana a cargo de su madre, identificado en autos con acta de nacimiento. En causa de protección iniciada por carabineros P-2727-2022 del 14 de noviembre de 2022 a favor de adolescente y grupo familiar con

Una vez iniciado este procedimiento debe designarse un tutor⁵¹ que sirva de garantía procesal para el respeto de su interés superior. Dicho tutor, que puede ser el adulto acompañante pese a que no sea un familiar directo, estará encargado de velar por el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y la libertad personal. Debe defender sus intereses y asegurar el bienestar del niño no acompañado o separado. Si el tutor no puede representar debidamente el interés superior del menor en todos los campos y ámbitos de su vida, deberán adoptarse medidas complementarias (por ejemplo, el nombramiento de un curador *ad litem*).

Como la O.G N°6 (2014) indica que el tutor debe tener conocimiento especializado en temas de infancia y el familiar o adulto acompañante que tiene bajo su cuidado al niño -designado como tutor- en la mayoría de los casos carece de este conocimiento, debe asignarse por la autoridad competente un asesor o representante legal que apoye la acción de dicho tutor. De acuerdo al artículo 19 de la ley 19.968, quien cumple este rol garantista y de representación legal es el curador ad-litem. La norma señala que en todo asunto de competencia de juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, el juez deberá cuidar que estos se encuentren debidamente representados. Por tanto, el curador ad-litem tiene el deber de velar por la protección de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Constitución, leyes de familia y tratados internacionales ratificados en Chile, en favor de los niños, niñas y/o adolescentes.

Chile, de forma gradual, ha ido introduciendo en las leyes el principio del interés superior del niño. Por ejemplo, el art. 16 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia lo menciona como un principio rector del procedimiento y la reciente Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (2022) señala en el art. 7 el ISN definiéndolo como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.” Así, aborda este principio desde sus tres dimensiones: como derecho subjetivo, como principio y norma de procedimiento, cuyo fundamento es la evaluación del interés del niño. Afirma que los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar que se aplique de forma correcta el ISN, exigiendo procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas.

Para la determinación del ISN del niño, el art. 7 propone los siguientes elementos para su evaluación:

situación migratoria irregular, no se indica identificación en autos del menor ni nacionalidad, solo fecha de nacimiento. De otro lado, de acuerdo a la Resolución 64/142 de la ONU párrafo 147 es deber del Estado procurar la obtención de información y documentación del niño no acompañado, con el objetivo de hacer una evaluación de riesgos de su situación en el país de residencia habitual.

⁵¹Comité de Derechos del Niño. O.G Conjunta 23 y 4 (2014) Párrafo 17 letra i). Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- Opinión Consultiva N° 21 (2014) Párrafo 132-136. Comité de Derechos del Niño OG N° 6 (2005) Párrafo 21

a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.

b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.

c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.

d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente.

e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.

f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.

g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.

h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida.

i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.

Sin embargo, en la normativa nacional no hay una referencia explícita al niño en situación de movilidad, no acompañado o separado. La ley no lo hace visible, a pesar de que fue promulgada en marzo del año 2022, cuando ya había evidencia de la existencia de este fenómeno en Chile. Pese a no aludir a este grupo de niños de forma explícita, deberá aplicarse en los procedimientos que afecten al niño migrante no acompañado/separado lo estipulado en el art. 7 de la mencionada ley en lo relacionado a la evaluación y determinación del ISN, y también lo que indica la O.G N° 14 respecto a los elementos a considerar en dicha determinación, tales como escuchar al niño, la identidad del niño y dar prioridad a la reunión con su familia. Respecto a la reunificación familiar, que implica retorno al país de origen del niño, es necesario identificar si en dicho país el niño tendrá las condiciones de seguridad y protección de sus derechos fundamentales, aspecto que se analizará más adelante.

Finalmente, cuando se haya determinado el interés superior del niño, se tomarán las medidas de protección, las que de acuerdo a la normativa internacional podrían consistir en medidas de retorno y reunificación familiar o cuidados alternativos.⁵²

2.4 Reunificación Familiar, Cuidados alternativos y retorno en la normativa en el derecho internacional humanitario.

Aun cuando la prioridad es la reunión de la familia, mientras se agota una de las primeras etapas de indagación o búsqueda de familiares, una de las medidas de protección transitorias será procurar al niño de cuidados alternativos y alojamiento, siguiendo las Directrices sobre Modalidades alternativas de cuidado de niños.⁵³

Uno de los objetivos de estas Directrices⁵⁴ es lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia, es decir, que se reintegre a ella y, si esto no es posible, encontrar una solución apropiada y permanente, incluyendo la adopción. Orienta que al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento del niño, los esfuerzos deben ir encaminados a que el niño permanezca o vuelva a estar bajo el cuidado de sus padres, o cuando proceda, de familiares cercanos.⁵⁵ Este principio incluye a los niños no acompañados y separados, refugiados, niños solicitantes de asilo y niños de trabajadores migratorios.⁵⁶ Es por este motivo que la separación del niño de su propia familia debe considerarse una medida de última instancia, temporal para el niño y en el menor tiempo posible.⁵⁷

Ahora bien, las soluciones informales ante la falta de los progenitores son comunes y, en general, quienes asumen el cuidado del niño son parientes o allegados. Esta situación no es

⁵² Respecto a la determinación del interés superior del niño -DIS-, es útil la Directriz que para el efecto ha diseñado ACNUR para niños no acompañados, separados y refugiados; aún cuando el ámbito de aplicación de la Directriz es para casos de NNA no acompañado/separado refugiado que están a cargo de esta Agencia, pueden ser una guía para los Estados que la requieren. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>

⁵³ Comité de Derechos del Niño. O.G Conjunta No 23 y 4. Los Estados deben adoptar soluciones que respeten el interés superior del niño, junto con sus derechos a la libertad y a la vida familiar, por medio de leyes, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con los miembros de sus familias o sus tutores sin estar sometidos a custodia y en un entorno comunitario, mientras se resuelve su situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son los intereses superiores de los niños, así como antes de su retorno. Cuando los niños no estén acompañados, tendrán derecho a recibir la protección y la asistencia especiales del Estado en forma de cuidados alternativos y alojamiento de conformidad con las Directrices sobre las Modalidades alternativas de Cuidado de los Niños. Párrafo 11-12

⁵⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 64/142

⁵⁵ ONU, Res. 64/142, párrafo 3,4

⁵⁶ ONU, Res. 64/142, párrafo 9 literal B)

⁵⁷ ONU, Res. 64/142 párrafo 14 Al respecto enfatiza la Directriz sobre la revisión periódica de las guardas, debiendo retornar el niño al cuidado de sus padres cuando han desaparecido las causas de su separación, y debería responder al ISN.

una excepción en la niñez en situación de movilidad.⁵⁸ Dicha modalidad de cuidado se caracteriza por no contar con una formalización judicial o administrativa, teniendo carácter transitorio o permanente, mientras el progenitor que se encuentra en el extranjero consolide su situación económica e intente la reunificación familiar. Esta situación se produce de la misma forma tanto para la inmigración regular como la irregular, no obstante, la migración irregular de niños separados o no acompañados tiene especiales consideraciones dada la vulnerabilidad en que se encuentran los niños y niñas involucrados. De conformidad con las Directrices, el Estado debe tratar de establecer los medios apropiados para proteger al niño a fin de velar por su bienestar, teniendo en cuenta su origen étnico, migratorio, diversidad cultural y religiosa⁵⁹.

Para tomar decisiones que consideren la modalidad de acogimiento formal⁶⁰ de niños no acompañados o separados, la determinación del interés superior del niño es importante y se deben realizar todos los esfuerzos para localizar su familia, para restablecer el vínculo familiar, siempre que ello no coloque en riesgo al niño y personas interesadas, tal como se tratará más adelante.⁶¹ Una vez ordenadas las medidas de cuidados alternativos, se debe el acogimiento alternativo en el ámbito de la familia extensa o con amigos íntimos de la familia conocidos por el niño.⁶² No siendo esto posible el acogimiento en hogares de guarda, la segunda alternativa consiste en acoger al niño en una familia distinta a la propia, una vez que esta ha sido declarada idónea para ejercer la guarda. El acogimiento residencial sería entonces el último recurso⁶³.

De acuerdo a las Directrices, el sistema de acogimiento residencial en grandes centros debe ser progresivamente eliminado y reemplazado por sistemas de acogimiento con atención

⁵⁸ ONU, Res. 64/142 Ídem, Párrafo 27 Las presentes Directrices se aplican al uso y las condiciones apropiadas del acogimiento alternativo formal de todas las personas menores de 18 años, a menos que conforme a la ley aplicable el niño alcance la mayoría de edad anteriormente. Las Directrices se aplican también a los entornos de acogimiento informal solo si así lo indican expresamente, habida cuenta de la importante función desempeñada por la familia extensa y la comunidad y las obligaciones que incumben a los Estados respecto de todos los niños privados del cuidado parental o de sus cuidadores legales o consuetudinarios, conforme a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁹ ONU, Res. 64/142, párrafo 18, 142

⁶⁰ ONU, Res. 64/142, párrafo 29 i) ii). Las modalidades de acogimiento alternativo son informales y formales, ésta última corresponde cuando el acogimiento haya sido ordenado por una autoridad judicial o administrativa, según el entorno en que se ejerza puede ser: acogimiento en el ámbito de la familia extensa o amigos de la familia; acogimiento en hogares de guarda; acogida en entorno familiar y acogimiento residencial.

⁶¹ ONU, Res. 64/142, párrafo 146

⁶² ONU, Res. 64/142, párrafo 29; a su vez la O.G 22 de 2017 párrafo 32 letras e) f) señala que el Estado una vez determinado el interés superior del niño, debe decidir el alojamiento que sería apropiado para un niño no acompañado o separado debiendo darse prioridad a las decisiones de cuidados comunitarios.

⁶³ ONU. Resol 64/142, párrafo 145

individualizada, en pequeños grupos, que permitan el desarrollo apropiado del niño.⁶⁴ Para ello debe diseñarse una estrategia de desinstitucionalización. Se enfatiza en las directrices, además, que los niños menores de 3 años deben recibir cuidados alternativos en ambientes familiares.

En relación al retorno del niño al país habitual de residencia, si bien es importante que los niños migrantes se reúnan con su familia, es relevante en primera instancia evaluar el interés superior del niño separado/ no acompañado ya que es necesario determinar los riesgos de seguridad y peligro del país a donde retorna⁶⁵. Esto teniendo en cuenta que, además de la falta de oportunidades, uno de los factores de migración forzada e irregular es precisamente la inseguridad que se vive en el país de origen. Además, es preciso escuchar al niño⁶⁶ (conforme a su madurez) y considerar que al momento de retornar el niño tenga un cuidador idóneo, sea éste alguno de sus progenitores, un pariente, un cuidador adulto responsable, una agencia oficial o centro de acogida que pueda asumir la responsabilidad, protección y cuidado del niño⁶⁷.

En definitiva, las medidas de protección que han de tomarse en relación al niño no acompañado/separado deberán estar fundadas en el interés superior del niño, el derecho a ser escuchado y la protección de derecho del niño a vivir en familia, propiciando la unidad familiar, incluyendo realizar todos los esfuerzos en la reunificación de familiares separados.⁶⁸

3.-EL DEBER DE PROTECCIÓN REFORZADA DEL ESTADO DE CHILE AL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA NIÑEZ MIGRANTE NO ACOMPAÑADA Y SEPARADA

⁶⁴ Esta disposición cobra sentido, cuando según informe del poder judicial de 31 niños no acompañados con medidas de protección vigentes, 30 han hecho abandono de la residencia o no se han adherido al programa ambulatorio. <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/54425>

⁶⁵ Ver Párrafo 35 O.G 23 Conjunta No 4 “No debe buscarse la reunificación familiar en el país de origen cuando exista riesgo razonable de que el retorno daría lugar a la violación de los derechos humanos del niño. Debe adoptarse medidas para que los padres se reúnan con sus hijos y/o regularicen su situación migratoria sobre la base del interés superior del niño”

⁶⁶ Comité de Derechos del Niño. O.G 22/2017 Párrafo 34-39

⁶⁷ ONU Resol 64/142, párrafo 148. De igual forma la O.G 22 de 2017 Párrafo 33 del Comité del Niño establece que los Estados deben velar que la devolución de un niño a su país de origen se tome sobre la base de consideraciones individuales con arreglo a un procedimiento con las debidas garantías procesales, que no sólo determine el ISN, sino que garantice que al retorno el niño estará a salvo, podrá disfrutar de sus derechos y atención adecuada; no pudiendo prevalecer las consideraciones fundadas en el control migratorio.

⁶⁸ Comité de Derechos del Niño O.G 23 Conjunta, Párrafo 34 “La decisión acerca de si un niño ha de reunirse con su familia en el país de origen, de tránsito o destino deberá basarse en una evaluación sólida en la que el interés superior del niño sea una consideración primordial y se tenga en cuenta la posibilidad de una reunificación de la familia, y que incluya un plan de reinserción sostenible que garantice la participación del niño”.

El carácter reforzado de las obligaciones del Estado en relación a la protección y garantía de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, se traduce en que el Estado asuma su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad. Se ha evidenciado por lo menos tres niveles de vulnerabilidad en el proceso migratorio de niños: una es por su edad, otra por ser migrantes y por último, por ser niños migrantes no acompañados. Dicha vulnerabilidad los expone a diversas violaciones de derechos humanos; actos de violencia y discriminación, ruptura de la unidad familiar, interferencias con el pleno ejercicio de derecho a la educación, salud y su derecho a no ser privado de la libertad, cuestión que se agrava si su situación migratoria es irregular.⁶⁹

En el caso particular de los niños y niñas inmigrantes en situación migratoria irregular, la acción estatal no debe restringirse al ámbito de políticas migratorias. La situación de este grupo debe ser considerada también por las políticas públicas de infancia, las cuales deben incluir medidas específicas destinadas a la protección de estos niños y niñas y a la promoción de su desarrollo. En este orden de ideas, los derechos de los niños, niñas y adolescentes no solo requieren de la abstención del Estado de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares, sino también, de la adopción de providencias positivas para asegurar el ejercicio y pleno disfrute de todos sus derechos, incluyendo los de carácter económico, social y cultural.⁷⁰

A nivel nacional no existe un estatuto unificado que señale los derechos y garantías de la niñez migrante, pero el análisis sistemático de la Ley 21.430 de 2022 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, la Ley 21.302 de 2021 que crea el Servicio de Protección Especializada de niñez y adolescencia, la Resolución Exenta 00186 de 2022 emitida por el Servicio Nacional de Protección Especializada, la Ley 21.325 de 2021 y sus decretos reglamentarios, la Ley 20.430 sobre protección a refugiados y la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia entrega algunas luces sobre la materia. Estas y otras normativas que serán analizadas en los siguientes párrafos, nos permitirán identificar las instituciones a cargo de la niñez migrante no acompañada y separada, las medidas temporales y definitivas que garantizan el derecho del niño migrante no acompañado y separado a vivir en familia, el procedimiento y el acceso a refugio de los niños no acompañados. Además, se realiza un breve análisis de las medidas de protección adoptadas por los tribunales de familia del norte del país en relación a niñez migrante no acompañada y separada para dar cuenta de su funcionamiento práctico.

⁶⁹ Ver Documento Amicus Curiae presentado por Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva de Obligaciones Estatales respecto de los Derechos de los Niños Migrantes. México, 2012. En página web: <https://justicia.iidh.ed.cr/images/Amicus/Caso-Proteccion-reforzada-de-ninos-y-ninas-en-condicion-migratoria-en-general-y-no-acompanados.pdf>

⁷⁰ Ver mismo documento Amicus Curiae, pág. 21

3.1 La Institucionalidad de la Niñez Migrante No acompañada

La Ley 21.430 señala que la familia es el medio natural para el crecimiento y desarrollo de los niños⁷¹, siendo esta ley quien establecerá el marco para que el Estado adopte todas las medidas administrativas, legislativas o de otro carácter **para la defensa y protección, particular y reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes provenientes de grupos sociales específicos como los migrantes** o que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, garantizando su pleno desarrollo y las garantías especiales que le otorga la Constitución, la CDN y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y leyes.⁷²

Aun cuando a la fecha no existe un marco regulatorio de la niñez migrante, la Ley 21.430 establece una institucionalidad general de protección para la infancia, compuesta por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia creado por la Ley 21.150 de 2019; la Subsecretaría de la Niñez creada por la Ley 21.090 de 2018, encargada de la prevención y protección integral de derechos; la Defensoría de los Derechos de la niñez creada por ley 21.067 de 2018, cuyo propósito es la difusión, promoción y protección de derechos de los NNA; el Servicio Nacional de Protección especializada creado por la Ley 21.302 de 2021 y el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil creado en la 21.527 de 2023. La instalación y desarrollo de esta institucionalidad hace parte de la agenda legislativa del Gobierno de Chile cuyo propósito es ampliar la protección de la infancia y que de forma progresiva se de cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Ahora bien, aun cuando existen recientes reformas de la ley de migración y protección de la infancia, no se contempla un marco regulatorio específico sobre niñez migrante no acompañada y separada. Sin embargo, del análisis de la normatividad vigente se puede colegir que la institucionalidad de la niñez migrante no acompañada/separada estaría compuesta de tres instituciones: los tribunales de familia, el Servicio Mejor Niñez y el Servicio Nacional de Migración, cada una de las cuales tiene funciones distintas y complementarias.

Dada la situación de alta vulnerabilidad de los niños migrantes separados y no acompañados es que se consideran niños con necesidades de protección especializada, entendida dicha protección como la restitución del ejercicio de sus derechos cuando han sido gravemente vulnerados y la reparación provocada por dichas vulneraciones, en cuyo caso deberán tomarse medidas de protección de carácter administrativo y judicial. Estas medidas deberán ser tomadas por las diferentes instituciones con competencia respecto de la protección de

⁷¹ Ley 21.430 Art 2, 27.

⁷² Ley 21.430 art. 2 inc 6 y 7.

niños migrantes separados y no acompañados, de conformidad con el marco legal vigente, tal como se verá a continuación.

La Ley 21.430 establece la acción de tutela administrativa de derechos cuando exista riesgo, amenaza o vulneración de derechos de niños⁷³, dando un carácter exclusivamente judicial a las medidas de protección consistentes en la limitación y suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión del derecho a vivir en familia, la determinación de cuidados alternativos y la adopción.⁷⁴ En el caso de los niños no acompañados o separados de su familia, la autoridad competente debe remitir los antecedentes al Juzgado de Familia para que proceda la designación inmediata de un representante legal⁷⁵, el cual deberá intervenir en todas las etapas del procedimiento, bajo sanción de nulidad. La autoridad competente deberá llevar a cabo un procedimiento de determinación del interés superior del niño para la identificación de soluciones apropiadas, tales como la reunificación familiar, medidas de cuidado y asistencia temporal en un entorno seguro que provea el cuidado físico y emocional apropiado.⁷⁶

Como las medidas en relación al derecho a la vida en familia de la niñez no acompañada/separada de su familia son de carácter eminentemente judicial y especial (Arts. 52 inc. 3 y 57 n°3 y n°5), es el Servicio Nacional de Protección Especializada el que proveerá las prestaciones (directamente o por medio de colaboradores) de reparación psicosocial y restitución de derechos, siendo en esencia la institución ejecutora de las medidas, incluyendo aquellas de reunificación familiar y de determinación de cuidados alternativos⁷⁷.

En el mismo sentido, respecto a infantes que no se encuentren acompañados al momento de ingresar al país, el Decreto 296 de 2022 que aprueba el reglamento de la Nueva Ley de Migración y Extranjería señala que la autoridad policial de control migratorio deberá, dentro del más breve plazo, ponerlos a disposición del Tribunal de Familia competente⁷⁸. Por su parte la protección judicial especial ejercida por los Tribunales de Familia se remitirá a lo

⁷³ Dicha acción de tutela podrá interponerse ante la Secretaría Regional Ministerial del Min de Desarrollo y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Mejor Niñez y Adolescencia y ante las Oficinas Locales de la Niñez

⁷⁴ Ley 21.430, Art 68. El párrafo 4 de la Ley hace referencia a las medidas de protección administrativa (arts. 68-74) que pueden aplicar las OLN -Oficinas Locales de la Niñez- Actualmente algunas de estas funciones pueden ser realizadas por las OPD Oficinas de Protección de Derechos. No obstante, hay medidas que son exclusivamente judiciales entre ellas las de suspensión del derecho a vivir en familia, y limitación-suspensión de la relación directa y regular, determinación de cuidados alternativos y la adopción.

⁷⁵ Véase P-2411-2022 el Tribunal de Familia de Iquique nombra curador ad-litem en favor de niñas no acompañadas.

⁷⁶ Ley 21.430. Art. 52

⁷⁷ Véase Resol Exenta 00186 del Servicio de Protección Especializada

⁷⁸ D. 296 de 2022 Art. 14

establecido en la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, atribuyendo al Tribunal la función de la adopción y cumplimiento de las medidas de protección judiciales⁷⁹.

Como la norma indica que la protección judicial no será excluyente de la administrativa, le corresponde a las Oficinas Locales de la Niñez (en adelante OLN) la adopción de medidas administrativas⁸⁰, correspondiendo a la Subsecretaría de la Niñez la vigilancia del trabajo de las OLN.

A efectos de coordinar a nivel regional el cumplimiento efectivo de la protección de la niñez, la competencia corresponde a la Corte de Apelaciones y a las direcciones regionales del Servicio Mejor Niñez. A nivel comunal corresponde a los jueces presidentes de los tribunales de familia y oficinas locales de la Niñez. Así, las instituciones individualizadas deberían coordinar de forma conjunta las acciones que correspondan para proteger los derechos de la niñez migrante no acompañada y separada de su familia.

Por otra parte, el Servicio Nacional de Migración cumple una función importante en la restitución de derechos de la niñez migrante no acompañada/separada, pues una de las necesidades específicas y que le permiten acceder a sus derechos es la regularización migratoria. Ello hace necesario que dicha institución haga parte en la coordinación de la protección de derechos de la infancia migrante. De hecho, el D. R 296/2022 de Migración y Extranjería expresamente señala que, en el caso de niños, niñas y adolescentes, el Estado debe asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos que se consagran a su favor en la Constitución Política, las leyes y tratados internacionales ratificados por Chile que estén vigentes, teniendo el deber de garantizar dichos derechos desde su ingreso al país y cuando se trate de NNA no acompañados⁸¹. Este Decreto viene a subsanar la laguna relativa a la niñez no acompañada presente en la nueva Ley de Migración. La nueva ley de migración y

⁷⁹ Ley 19.968 Título IV De los Procedimientos Especiales. Arts. 68-80

⁸⁰ Las medidas de protección administrativas a cargo de las OLN son: derivación a programas de atención ambulatoria de orientación y apoyo para el cuidado y la crianza, fortalecimiento y/o revinculación familiar, prevención de vulneraciones, tratamiento y rehabilitación de los perjuicios ocasionados por éstas, y vínculo con redes de apoyo estatal, social y comunitaria; ordenar la matrícula o permanencia del niño, niña o adolescente en establecimientos educacionales; Instruir la activación de los beneficios de seguridad social que correspondan a los niños, niñas o adolescentes o a sus familias; derivar a programas de asistencia integral a la embarazada; derivar el ingreso a tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, o gestionar la internación, en algún centro de salud público o privado, del niño, niña o adolescente que lo requiera, o de su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso; derivar al padre, madre, representantes o responsables del niño, al Servicio de Registro Civil e Identificación, a objeto que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presenten los documentos de identidad del niño, niña o adolescente, según sea el caso. No obstante, en la práctica los Tribunales de Familia siguen haciéndose cargo de algunas de estas medidas administrativas. En P-2411-2022 del Tribunal de Familia de Iquique el Juez ordena como medida de protección oficial al Ministerio de Educación para que se otorgue IPE (Identificador Provisorio Escolar), para su posterior inscripción en establecimiento educacional.

⁸¹ Art. 3 D. 296 de 2022

extranjería indica algunos principios en relación a la niñez migrante tales como el interés superior del niño (art. 4), el principio de no criminalización de la migración irregular (art. 9) y de interpretación conforme a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos. En general, no tiene indicaciones específicas en relación a niñez no acompañada, no obstante, ello y en virtud de los principios anteriormente mencionados, dispone que los niños, niñas y adolescentes independientemente de su situación migratoria podrán tener acceso a una residencia temporal. En ese sentido, el Servicio Nacional de Migración, en concordancia con los principios del ISN y no criminalización de la migración irregular⁸², dispone la obtención de un permiso de residencia temporal de niño, niña y adolescente, aun cuando su ingreso haya sido por paso no habilitado e independiente de la situación migratoria de sus padres y cuidadores. Las solicitudes de residencia se realizan de forma electrónica ante el portal de trámites del Servicio Nacional de Migración, sin embargo, existió un periodo de tiempo en que no estuvo habilitada la opción para solicitar la residencia del niño en situación migratoria irregular pese a que ya estaba vigente la nueva ley de migración que permite la solicitud de visa de niños que ingresan por paso no habilitado. La vigencia de las nuevas subcategorías migratorias comenzó el 12 de febrero de 2022 cuando se promulgó el Decreto 177 (2022) y no fue hasta septiembre de ese mismo año que se dispuso la opción electrónica en el portal del Servicio para realizar la solicitud de visa de niño, niña y adolescente que ingresó por paso no habilitado. Antes de la vigencia de la nueva ley de migración, la concesión de la regularización migratoria del niño estaba supeditada a que fuese solicitada mediante carta por el tutor legal, padre o madre a la Subsecretaría del Ministerio del Interior, solicitud que se decidía por el Ministerio de Interior de forma discrecional, de conformidad con lo estipulado por el art. 91 numeral 8 del Decreto 1094 (1975) de extranjería anterior a la nueva ley⁸³. Esta situación se mantuvo aún después de la entrada en vigencia de la nueva Ley 21.325 de 2021 y hasta que se habilitó en el portal del Servicio de Migración la solicitud de visa de NNA que ingresa por paso no habilitado. Aunque hoy existe un medio adecuado para solicitar la regularización de la situación migratoria del niño que ingresa por paso no habilitado, el retraso de la implementación de la Ley 21.325 dificultó el seguimiento de las solicitudes, además de la falta de celeridad en las respuestas por parte del Ministerio del Interior. En todo caso, el tema quedó zanjado en el D.R 177 (2022) del Ministerio del Interior que dispone que las solicitudes de visa de NNA deberán realizarse en la plataforma del Servicio Nacional de Migración, sin que sea un impedimento la ausencia de pasaporte o documento de identidad.⁸⁴ Es entonces el Servicio Nacional de Migración el competente para otorgar la visa de NNA que ingresa por paso no habilitado, incluso cuando al niño le falte algún documento.

⁸² Ley 21.325, arts. 4 y 9; el art. 41

⁸³ Departamento de Extranjería y Migración. Circular 16, julio 26 2017.

⁸⁴D. 177 de 2022. Art. 45 inciso 7

Cabe señalar que el estatuto de Migración y Extranjería permite la regularización administrativa de niños, niñas y adolescentes, pero no crea esta alternativa para sus padres⁸⁵. Esta situación vulnera el derecho del niño a vivir en familia, pues los padres no pueden proveer idóneamente cuidado y protección a sus hijos cuando se encuentran en una situación administrativa irregular que, al negar el acceso a un permiso de trabajo, los conduce a precariedad laboral y exclusión. En ese sentido, la reunificación familiar que se realice de facto en el territorio chileno no proveerá de protección al grupo familiar. Adicionalmente, existen medidas sancionatorias a las personas que trabajan sin permiso de trabajo que agravan la situación precedentemente descrita.⁸⁶

En palabras de Mondaca, al estudiar las instituciones de la Ley N° 21.325 que deberían concretar el principio del interés superior del niño, el panorama no es claro, pues al revisar los temas de reunificación familiar y las expulsiones, es posible concluir que su tutela no es completa. Indica que el artículo 19 de la Ley de Migración y Extranjería, al regular la reunificación se centra solamente en la filiación, permitiendo la reunificación de los hijos y/o hijas con sus progenitores siempre que estos posean la calidad de "residentes". En otros términos, los extranjeros que no poseen algún permiso de residencia quedan excluidos de la posibilidad de volver a vivir con sus familias en suelo chileno.⁸⁷

De otro lado, la Resolución Exenta 00186 de 21 de marzo 2022 del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia que reemplaza la Circular N° 04 de 2018 señala el procedimiento para gestionar los casos de niñez migrante sujetos de atención del Servicio. En general, señala acciones para restablecer el derecho a la salud, educación, a visa de residencia e identidad y para el caso de niños separados o no acompañados añade las gestiones de localización de familiares, reunificación familiar y/ o retorno.

Respecto a la identidad, la resolución exenta 0186 señala que existen casos de niños que no poseen documentos que certifiquen su identidad tales como inscripción en el registro civil, partida de nacimiento, cédula de identidad o pasaporte, no obstante, es derecho del niño tener

⁸⁵Ley 21.325 Artículo 41 Párrafo 2 A los niños, niñas y adolescentes que soliciten permiso de residencia temporal se les otorgará la misma de forma inmediata y con plena vigencia, independientemente de la situación migratoria del padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal. **Esta visa no será un beneficio extensible a los miembros del grupo familiar, guardador o persona encargada de su cuidado personal.** Esta norma no tiene consideraciones especiales en relación a migración forzada como la de Venezuela, no todos los casos de acuerdo a la Ley cumplen con los requisitos de refugio y la regularización extraordinaria del art. 151 numerales 8 y 9 de la Ley atribuye esta función al Ministerio del Interior, la cual es discrecional; sin que se especifique el alcance de dicha discrecionalidad para que los cuidadores, miembros del grupo familiar o guardador puedan acceder a dicha regularización.

⁸⁶ Ley 21.325. Art. 109

⁸⁷MONDACA, A. (2022) "Relevancia, para efectos de las órdenes de expulsión, de los nexos de filiación de los inmigrantes en la Nueva Ley de Migración y Extranjería". En: Estudios de derecho de familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales Facultad de derecho Universidad Diego Portales. Pág. 99. Thomson Reuters Proview.

nombre e identidad desde su nacimiento, además de ser la puerta de entrada a otros derechos como a salud, educación, protección y desarrollo. De acuerdo al Servicio, esta situación en particular sucede cuando los niños ingresan al país por pasos fronterizos no habilitados y cuando los padres no han realizado la inscripción civil de su nacimiento. Algunas veces no cuentan con ningún tipo de documento que permita acreditar su identidad, filiación, fecha de nacimiento, edad, nacionalidad o disponen solo de un certificado de parto sin las respectivas legalizaciones en el cual se señala nombre del niño, la fecha de nacimiento y nombre de la madre. La Resolución Exenta 0186 expresa que en estos casos generalmente el tribunal respectivo ordena al Servicio Médico Legal la realización de un examen de ADN del niño para verificar su filiación con el supuesto progenitor y un examen fisiológico para determinar la edad, lo cual también puede ser solicitado al tribunal por el programa (atención ambulatoria/cuidados alternativos) que interviene al niño. Con fundamento en dichos exámenes, el tribunal ordena a la Oficina de Extranjería del Registro Civil de Santiago que proceda a realizar la inscripción del niño. Si el tribunal lo ordena se puede inscribir al niño sin filiación materna ni paterna hasta comprobar la filiación. Los encargados de verificar que el tribunal realice estas diligencias son los programas bajo cuya modalidad el niño esté sujeto a protección. Dicha inscripción le otorgará al niño un RUN –Registro Único Nacional-provisorio que no implica regularización de su situación migratoria. Para la entrega de dicho RUN el adulto responsable del niño debe concurrir al Registro Civil con la orden del Tribunal que ordene la tramitación del RUN. Una vez que ha sido resuelta su inscripción civil, el programa podrá comenzar con el trámite de solicitud de visa de residencia del niño ante el Servicio Nacional de Migración⁸⁸.

La solicitud de visa se realiza directamente por la Dirección Regional y/o el programa si el niño se encuentra en una línea de acción de cuidado alternativo, esta petición se realiza con fundamento en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 21.325 relativa a visa de niños, niñas y adolescentes, ley 21.302 artículo 24 inciso 6 relativa a cuidados alternativos y el artículo 57 de la Ley 16.618 en relación a la igualdad en el goce de derechos de chilenos y extranjeros. Si el niño ha ingresado en un programa de la línea de atención ambulatoria, se entregará la orientación pertinente al adulto que ostente el cuidado personal para que realice el trámite de regularización migratoria del niño⁸⁹.

Cuando los niños han ingresado por paso habilitado, la plataforma del servicio requiere la siguiente documentación: tarjeta única migratoria documento que entrega PDI al momento de ingresar al país, acta o certificado original de nacimiento apostillado. En caso de que el certificado no esté apostillado, el Director de la residencia⁹⁰ o el adulto responsable del niño

⁸⁸ Resolución Exenta 186 (2022), pág. 16-17

⁸⁹ Resolución Exenta 186 (2022), pág. 7-8

⁹⁰ En este caso las gestiones son realizadas por el director de la residencia, cuando el niño se encuentra bajo la modalidad de protección de cuidados alternativos o el adulto responsable cuando el niño se encuentra bajo la modalidad de protección de programa ambulatorio.

se harán cargo de solicitar al respectivo consulado la apostilla o solicitará legalización del documento en el consulado y luego en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, así como los antecedentes de la causa RIT y programa en el cual el niño esté en intervención. Si el niño ha ingresado por paso no habilitado, la resolución exenta 186 prescribe que deberá el Servicio de Protección Especializado solicitar mediante oficio, una visa extraordinaria de niño, niña adolescente que no cuenta con toda la documentación exigida por la autoridad migratoria, con fundamento en el art. 157 No 13 de la Ley 21.325 el cual versa sobre la regularización migratoria que el Servicio Nacional de Migración debe realizar a extranjeros que se encuentren situación migratoria irregular cuando así lo disponga el Subsecretario del Ministerio del Interior de conformidad con la Política Nacional Migratoria. Esta petición debe ir acompañada de una explicación de las circunstancias especiales en que se encuentra el niño y la imposibilidad de conseguir dicha documentación, acompañando cualquier otro antecedente relacionado con el niño. Como se expresó anteriormente, el Servicio Nacional de Migración no tenía habilitada en su plataforma la solicitud de visa de niño migrante que ingresó por paso no habilitado, por lo que dichas solicitudes se realizaban por correo certificado y mediante oficio en el que se explicaba los fundamentos de hecho y de derecho para solicitar dicho trámite. En la actualidad la solicitud de visa del niño que ingresa por paso no habilitado sólo se puede realizar por medios electrónicos, en la subcategoría correspondiente a visa humanitaria. En ese caso la plataforma requiere algunos documentos que prueben el arraigo del niño tales como antecedentes de salud (certificado de afiliación a FONASA, certificado de inscripción en el Centro de Salud Familiar -CESFAM- vacunas) los cuales resultan obligatorios para avanzar en el trámite de la solicitud; así como antecedentes escolares opcionales (certificado de alumno regular).

En el caso de niños no acompañados el Servicio deberá localizar las redes familiares que se encuentren en Chile y si no tiene redes familiares en Chile que se hagan cargo del cuidado del niño, deberá realizar las gestiones de localización de la familia en el extranjero. Esta búsqueda de familiares, tanto en el extranjero como en Chile, tiene como propósito la reunificación familiar del niño. Al respecto, el D. R 296 de 2022 de Migración y Extranjería, expresa que el Servicio Nacional de Migración y el Servicio Nacional de Protección Especializada promoverán en conjunto con la autoridad contralora la búsqueda de familiares adultos tanto en el territorio nacional como en el país de origen, para lo que deberán coordinarse con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño y la niña (Art. 14). La Resolución Exenta 085 de 2022 del Servicio Nacional de Protección Especializada concretiza esta coordinación creando la Coordinación Intersectorial, quien está a cargo de coordinar con las diversas agencias nacionales e internacionales la búsqueda de familiares en el exterior con su homólogo en el país de origen del niño, sustituyendo así la Unidad Internacional del SENAME que realizaba dichas gestiones. En ese sentido, la búsqueda de familiares, la reunificación familiar y el retorno asistido están a cargo del Servicio Mejor Niñez. La implementación de una medida de cuidados alternativos también está a cargo del

Servicio Nacional de Protección Especializada -Mejor Niñez- de forma directa o a través de sus colaboradores, de conformidad con lo estipulado en la Ley 21.325

No existe un mecanismo vinculante que obligue a las autoridades extranjeras a colaborar en estas gestiones de retorno y reunificación, no obstante, se espera colaboración entre los países involucrados. Cuando esto no sucede, recomienda la resolución exenta 186 que el tribunal de familia competente aplique lo regulado en el art. 76 del Código de Procedimiento Civil y en el acta N° 77 (2015) del pleno de la Corte Suprema, en relación al procedimiento de exhorto internacional.

El Servicio de Protección Especializada realiza todas estas gestiones a través de la Dirección Regional correspondiente o sus colaboradores que intervienen al niño en algunos de los programas, o directamente a través del adulto que tiene los cuidados personales del niño que está sujeto a protección. El caso debe haber sido judicializado y el niño debe estar bajo una medida de protección para que el tribunal pueda requerir la intervención del Servicio de Protección. No obstante, no todos los niños no acompañados o separados estarán bajo una medida de protección que sea residencial, pues como se analizará adelante los cuidados personales de niños no acompañados y separados se otorgan por el tribunal al adulto que lo acompaña sea o no familiar; otros están bajo cuidados informales y sin una medida de protección judicial. Aun cuando no hay cifras que indiquen cuántos niños no acompañados o separados hay en el país y cuántos de ellos están bajo una medida de protección judicial, se puede deducir comparando las siguientes cifras, que hay una gran cantidad de niños que no están bajo una modalidad de protección formal y judicial. De acuerdo a los datos recabados por esta investigación, los niños que ingresaron por paso no habilitado en Chile en 2020 fueron alrededor de 1.938, de los cuales el 92.1% son de nacionalidad venezolana⁹¹. Para el mismo año 2020 según informe del tribunal de familia de Iquique existían 130 causas proteccionales vigentes, de las cuales 15 referían a niños no acompañados por un adulto. En cuanto al año 2021, las cifras de ingreso por paso no habilitado reportada por carabineros ascienden a 6.114 menores de edad de los cuales 5.257 son de nacionalidad venezolana, para el mismo año el Servicio Mejor Niñez, informa 374 niños extranjeros atendidos en residencias en su red de protección, 104 de nacionalidad venezolana. En cuanto al año 2022⁹², el Servicio Mejor Niñez informa 549 menores de edad atendidos en residencias, de los cuales 179 son de nacionalidad venezolana, por las pesquisas realizadas en esta investigación y que se analizarán en otro acápite, existen al menos 2 causas del año 2022 en el Tribunal de Familia

⁹¹Datos obtenidos mediante solicitud realizada por el Servicio Jesuita Migrante a Carabineros y aportados a esta investigación por dicha organización social.

⁹² Se hizo solicitud por ley de transparencia a carabineros para actualizar datos de ingreso de menores de edad por paso no habilitado en el año 2022, sin embargo, no se obtuvo respuesta. Tampoco existen cifras públicas en esta institución, ni en el Servicio Nacional de Migración.

de Iquique relacionadas con niños no acompañados⁹³. De otro lado el Servicio Nacional de Migración en informe de julio de 2023 indica que no hay cifras que señalen cuántos niños no acompañados están residiendo en el país, de igual forma el Servicio de Protección Especializada en consulta realizada por ley de transparencia, sobre niños extranjeros no acompañados que se encuentren en centros residenciales en el año 2021 y 2022 indica no tener información sistematizada de los niños en esta situación. Estos resultados, aun cuando refuerzan la hipótesis de invisibilidad del fenómeno de la niñez no acompañada por parte de las instituciones públicas que están a cargo de la protección y restitución de los derechos del niño no acompañado, también indican que hay niños no acompañados, que no están bajo una medida de protección judicial y por tanto tampoco están bajo la intervención del Servicio de Protección Especializada, siendo resuelta esta situación de desprotección por el familiar o adulto a cargo. Los niños no acompañados/separados que no están sujetos a intervención generalmente están a cargo de un adulto con el cual han viajado y cruzado las fronteras hasta llegar a Chile. Este adulto ejerce el cuidado personal del niño de manera informal, es decir, sin que una autoridad competente le otorgue los cuidados, y además realiza las gestiones de regularización y reunificación anteriormente descritas apoyándose en sus propios recursos económicos o de los progenitores del niño. Algunos se apoyan en organizaciones civiles sin ánimo de lucro que orientan, asesoran y patrocinan en juicio a extranjeros en temas de regularización migratoria, acceso a salud, educación, entre otros temas; y otorgan ayuda económica para sostenimiento, vivienda y traslados con fines de reunificación familiar.

Respecto a los niños separados Ravetllat⁹⁴ señala que los tribunales de familia suelen conceder el cuidado personal al adulto de referencia con el que la persona menor de edad cruzó la frontera a través de una medida cautelar. Así, no derivan al niño a una residencia, sino que le mantienen junto al adulto significativo con el que arribó al país, salvo que se evidencie que tal medida no se condice con el interés superior del niño, es decir que exista negligencia, maltrato y otras conductas de vulneración de derechos. A su vez, el juzgado de familia realiza las pesquisas necesarias para contactar con la familia del niño que por regla general ya se encuentra en territorio chileno. Sin embargo, el sistema no prevé un mecanismo oficial que, de manera coordinada, garantice un acompañamiento y asesoría al niño y su familia en condición migratoria irregular, con el objetivo de facilitar y agilizar la regularización migratoria, la debida inscripción en un centro educativo y la incorporación al sistema previsional de salud. El autor indica que lo que se le ofrece a la familia es

⁹³ Datos de niños en residencias aportados por el Servicio Mejor Niñez mediante solicitud realizada a través del portal de transparencia. Aunque se pedía información detallada de niños no acompañados que estuviesen en residencias, el Servicio expresó no tener la información.

⁹⁴ RAVETLLAT, I. (2022). El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXXV-N°1. Pag. 243

información genérica de aquellas organizaciones de la sociedad civil que ofrecen este tipo de información y asistencia.

Lo anterior indica que la atención del niño no acompañado/separado por parte del Estado depende de que se haya iniciado una medida de protección judicial en su favor y de que se requiera la intervención del Servicio de Protección Especializada dejando de lado a aquellos niños que no estén bajo ese procedimiento. Se observa entonces una situación de desprotección o al menos de desventaja en la gestión de protección para aquellos niños que están bajo una línea de intervención ambulatoria (ya que el Servicio de Protección especializada iniciará las gestiones de regularización migratoria sólo respecto de los niños que se encuentren en una línea de intervención residencial) y para aquellos niños bajo la protección de cuidadores informales. Estos cuidadores informales y formales a cargo de niños no acompañados/separados deberán realizar las gestiones necesarias para que el niño acceda a esos derechos con sus propios recursos (de tiempo y dinero) con claras desventajas económicas y de gestión, las que son, en algunos casos, suplidas a través del apoyo de organizaciones civiles. Alguna de estas gestiones de protección, tales como regularización migratoria, acceso a salud y educación bien podrían proveerse a través de medidas administrativas y no exclusivamente a través de la vía judicial.

De acuerdo a lo anterior, aún falta un marco regulatorio y una política de infancia que refuerce los derechos del niño migrante y, en especial, de aquel no acompañado y una institucionalidad a cargo de este grupo de infantes con necesidades especiales de protección. Si bien existe una institucionalidad de infancia que debe resguardar los derechos de todos los niños, incluyendo los migrantes, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación⁹⁵, es necesario contar con un marco regulatorio que defina con claridad la institucionalidad a cargo y los parámetros que deben seguirse en la determinación del interés superior del niño en vía judicial o administrativa cuando se trata de tomar medidas relacionadas con el derecho del niño no acompañado o separado a vivir en familia.

3.2 El derecho a vivir en familia: reunificación familiar, cuidados alternativos y retorno en la normativa nacional del niño no acompañado/ separado y en la jurisprudencia.

El derecho a vivir en familia se encuentra resguardado en la Ley de Garantías de la Niñez, reconociendo que la familia es el medio natural para que el niño crezca y se desarrolle (art. 27). Por tanto, es deber del Estado proteger este derecho cuando el niño no habite con sus padres, ya sea por situaciones de privación de libertad de los padres, catástrofes, conflictos o emergencias que impidan su cuidado. La ley señala también que sólo en caso de acreditarse la vulneración de derechos del niño, podrá ser decretada una medida temporal de cuidado

⁹⁵ La ley de Garantías Universales de la Niñez, en el art. 8 expresa que ningún infante puede ser discriminado de forma arbitraria en razón al estatus migratorio de sus padres, familia, representantes legales, de quienes lo tengan bajo su cuidado, estatus migratorio del niño, nacionalidad y carácter de refugiado

alternativo que se ajuste al ISN, refiriéndose a las modalidades basadas en la familia o una solución definitiva de cuidado en familia adoptiva⁹⁶. Para el caso de niñez no acompañada o separada de su familia, se estipula que una vez determinado el ISN se deberá adoptar soluciones duraderas como la reunificación familiar, medidas de cuidado alternativo y asistencia temporal que provean un entorno seguro y protector donde el niño reciba el cuidado físico y emocional que necesita (art. 52).

El Tribunal de Familia es la institución del poder judicial que deberá adoptar las medidas de protección del niño no acompañado o separado de su familia conforme al Título IV De Procedimientos Especiales estipulado en la Ley que crea los Tribunales de Familia. En dicha normativa se establece que el Juez deberá dar preferencia para el cuidado personal provisorio a familiares consanguíneos y, en segundo lugar, a otras personas con las que tenga relación de confianza (art.71 b), siendo la última instancia la derivación a un centro de protección (art. 74). Esta relación de confianza la puede tener un niño no acompañado con un adulto significativo, con el cual viaja con el propósito de reunirse con su familia en Chile.

En algunas medidas de protección adoptadas por tribunales de familia, se puede observar que los cuidados personales provisorios se mantienen en ese adulto acompañante del niño y, en algunos casos, se especifica que el propósito del viaje con este adulto es la reunificación familiar.⁹⁷

En otros casos, los tribunales de familia han concedido los cuidados personales provisorios del niño a un familiar. Ejemplo de ello es la medida adoptada por el Tribunal de Familia de Antofagasta en la causa RIT P-2479-2022 en que otorga los cuidados personales provisorios de un menor de nacionalidad venezolana a su hermana mayor de edad. De idéntica forma sucede en causa RIT P-590-2023 relativa a un adolescente de 17 años de edad que ingresó por paso no habilitado en Colchane, donde el Tribunal de Familia de Iquique otorgó el cuidado personal a su hermano mayor de edad. En la causa RIT P-595-2023 del Tribunal de Iquique, relativa a un niño de 10 años de edad que ingresa por paso no habilitado con su abuela paterna se le concede el cuidado personal a esta, pese a que ella no porta ningún documento de identidad, además de señalar explícitamente en la resolución que el niño viaja con fines de reunificación familiar e indicar la dirección del domicilio de residencia en donde finalmente vivirá. En la causa RIT P-589-2023 del Tribunal de Familia de Iquique relativa a un niño de 10 años de edad que ingresa por paso no habilitado con su abuelo con fines de reunirse con su madre, el Tribunal concede los cuidados provisorios al abuelo. En todos estos casos los tribunales confían el cuidado personal provisorio al familiar con quien el niño está

⁹⁶ Ley 21.430, art. 27 inciso 3

⁹⁷ En P-1626-2022 del Tribunal de Familia de Iquique se conceden los cuidados provisorios al adulto con el que los niños de nacionalidad venezolana viajan, y se indica en la misma resolución que el propósito de ese viaje es la reunificación familiar. De igual forma en P-2411-2022 del T. F. Iquique se concede el cuidado personal provisorio al adulto responsable de niños de nacionalidad venezolana. En el mismo sentido P-2335-2022 T.F. Iquique

acompañado hasta que se lleve a cabo la reunificación familiar. El seguimiento de dichas causas se hace a través de causas de cumplimiento.

En relación la niñez no acompañada se hallaron tres causas. La causa RIT P-1626-2022 de fecha 9 de julio de 2022 y P-2411-2022 de fecha 14 de octubre de 2022, ambas del Tribunal de Familia de Iquique y la causa RIT P-247-2023 de fecha 17 de abril de 2023 del Juzgado de Letras Garantía y Familia de Pozo Almonte. En causa RIT P-2411-2022 se adopta una medida de protección a favor de dos niñas de nacionalidad venezolana, una de 13 años y otra de 11 años de edad en un procedimiento iniciado por parte de denuncia de la Comisaría de Carabineros por la situación general de desprotección. Las niñas se encontraban a cargo de un adulto responsable de nacionalidad venezolana a quien el Tribunal otorga los cuidados provisorios, pese a no probarse una relación familiar. La resolución no se pronuncia sobre si el desplazamiento de las niñas respondía a la concreción de la reunificación familiar. No obstante, el Tribunal ordena se oficie a la Delegación Presidencial y Servicio Jesuita Migrante para que se le proporcione apoyo en traslado a Santiago, destino de las niñas. En la causa RIT P-247-2023 el Juzgado de Pozo Almonte otorga los cuidados personales de un adolescente a su madrastra a partir del momento en que se haga efectiva la reunión del niño con ésta en Puerto Montt. Para ello, el Tribunal oficia al Servicio Mejor Niñez para que realice gestiones de reunificación familiar (coordinación de compra de pasajes), e ingrese al niño en una residencia (línea de acción del Servicio Mejor Niñez) como medida temporal hasta que se produzca la reunificación, dada la situación de calle del niño. En esta última sentencia se puede observar claramente que las medidas cautelares tienen como propósito el restablecimiento del derecho del niño no acompañado a vivir en familia, estableciéndose una medida cautelar temporal de residencia y cuidado personal provisorio como cuidados alternativos. Ahora bien, no queda clara la solución definitiva pues las medidas cautelares son eminentemente temporales. Es por eso que resulta importante que los niños (al menos los judicializados) reciban un seguimiento –que no sólo se limite a una causa de cumplimiento- hasta que en definitiva exista una solución duradera.

Cada una de estas medidas se encuentran acompañadas por otras que, en la búsqueda de garantizar el ejercicio del derecho a la educación y salud de los menores no acompañados/separados, ordenan al Ministerio de Educación a proveer un identificador provisorio escolar –IPE-, y al Fondo Nacional de Salud para la asignación de un número de identificación provisional –NIP- que le permita tener atención en salud tramo A. Asimismo, el tribunal oficia al Registro Civil para asignar número de Registro Único Nacional -RUN- provisorio para extranjero y a la Dirección Regional de Mejor Niñez para derivar al niño a alguna línea de intervención, la entrega de informes sociales y la activación de redes de apoyo humanitario.

El Servicio Nacional de Protección Especializada debe proteger a la familia directamente o por intermedio de colaboradores, adoptando y reforzando las medidas para la garantía de los derechos del niño ya sean generales y reforzados y que están reconocidos en la Ley y tratados

internacionales⁹⁸. Como las medidas de separación de la familia son de carácter excepcional, este Servicio debe tomar preferentemente medidas de cuidados alternativos de tipo familiar, orientando su acción a la revinculación del niño con su familia, sea nuclear o extensa, salvo que esto no proceda de conformidad con lo que resuelva los tribunales de familia.

Los tribunales de familia pueden estimar que el retorno al país de origen de un menor no acompañado no se conforma al interés superior del niño por razones fundadas en la protección de sus derechos humanos, al considerar que éstos no estarían garantizados en el país de origen o donde va a retornar el niño. De acuerdo a la ley 21.302 art. 4 inciso 4 cuando no procede la revinculación del niño con su familia deberá iniciarse el proceso de adoptabilidad. Mientras el proceso de adopción esté en curso, el Tribunal de Familia debe ordenar las medidas de cuidado alternativo cuando el niño no cuenta con los cuidados permanentes de al menos uno de sus padres biológicos, adoptivos o adultos responsables. La línea de cuidado alternativo incluye acogimiento en familia extensa, en familias de adultos de confianza, en familias de acogida externas y acogimiento residencial.

El Servicio deberá fortalecer de forma permanente los programas de acogida familiar, cuya oferta debe estar disponible para asegurar la derivación a este programa. En este sentido, sólo cuando se agoten las acciones tendientes al fortalecimiento familiar, el tribunal podrá derivar al niño a internación en centros residenciales especializados, decisión que deberá ser fundada, previa citación de la familia extensa y habiendo oído a quienes concurran a la audiencia.

En ese sentido, la Ley que crea los Tribunales de Familia provee herramientas para que el juez proceda de tal forma que proteja el derecho del niño a vivir en familia, privilegiando el cuidado del niño en adultos de confianza de éste y, sino existe este círculo de confianza, el ingreso a familias de acogida o residencias serán las dos últimas opciones de cuidado alternativo, mientras se adoptan las medidas definitivas en relación a retorno, reunificación familiar o adopción.

Aunque la Ley que crea los Tribunales de Familia hace mención al ISN (art.16) como un principio a considerar en la toma de decisiones, no hay lineamientos específicos que se consideren en el caso de la niñez migrante separada/ no acompañada para la evaluación y determinación de este principio. En ese caso el Juez deberá recurrir a la CDN y las Observaciones Generales del Comité del Niño que orientan sobre esta materia y en lo que fuese pertinente al art. 7 de la Ley 21.430 (2022).

3.2.1 Análisis de medidas de Protección del Tribunal de Familia

De acuerdo con lo anteriormente estudiado en relación a los derechos del niño migrante separado y, en especial, del no acompañado, los Tribunales de Familia desempeñan un rol importante en la garantía, reparación y restitución de derechos del niño a través del inicio de medidas de protección, algunas de las cuales son iniciadas por denuncia de albergues,

⁹⁸ Ley 21.302 Art. 4

carabineros y otros organismos sociales que tratan niñez vulnerada y en situación de calle. Es justamente por ese motivo, que se hará este análisis de las medidas de protección anonimizadas halladas en la base jurisprudencial del poder judicial, explicando en primera lugar cómo fueron seleccionadas a fin de obtener la información respecto de la situación de acompañamiento o separación del niño migrante y en segundo lugar para ampliar el análisis realizado anteriormente en algunos puntos que llaman la atención como son: la filiación del adulto que ostenta los cuidados personales y el niño, la identificación de las partes involucradas tanto familiares, adultos responsables y el niño, así como la competencia de los tribunales de familia y las oficinas locales de la niñez en el futuro inmediato.

Las sentencias son casi en su totalidad del Tribunal de Familia de Iquique, otras de Antofagasta, Arica y del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Pozo Almonte. Ahora bien, de la lectura de las resoluciones se observó que cuando están acompañados por sus progenitores, se usa la expresión “a cargo de progenitores”, “a cargo de la madre” y si es de un familiar se señala la filiación del adulto responsable (hermana/o, tía/o abuelo/a), expresiones que se omiten cuando el niño no está acompañado y se reemplazan por la expresión “a cargo de adulto responsable -nombre del adulto-. Así, en las resoluciones no se describe de manera expresa si el niño está separado o solo, sin embargo, esto último se deduce porque se omite en la resolución las palabras “a cargo de su madre” “a cargo de progenitor” o se omite la relación de parentesco del adulto responsable y se reemplaza por “a cargo de adulto responsable”.

Son ejemplo de lo anterior las siguientes medidas de protección del Tribunal de Familia de Iquique en se hace alusión a quien acompaña el niño(a) de la forma que se reseña a continuación. En causa RIT P-2548-2022 el tribunal señala: “se inicia causa de protección respecto de Apolo, acta de nacimiento No NUM000 (...) de cuatro años de edad, nacionalidad venezolana, quien se encuentra a cargo de sus progenitores Rafael, cédula de identidad NUM002 y Saray de nacionalidad venezolana”. En causa RIT P-2098-2022 se indica: “se inicia causa de protección de Óscar, Acta de nacimiento No NUM000, nacionalidad venezolana (...) quien se encuentra a cargo de su madre Grace...”. En causa RIT P-2411-2022 el tribunal declara “se da inicio a causa de protección a través de parte de denuncia de la Cuarta Comisaría de Carabineros de Cavanha, que versa respecto de la situación de desprotección que genera la condición migratoria irregular de las niñas (...) quienes se encuentran a cargo de Doña Leslie, documento de identificación No NUM005 de nacionalidad venezolana” (subrayado nuestro).

Es difícil identificar en las resoluciones la evaluación y determinación del interés superior del niño. Pese a que en casi todas ellas se cumple lo que ordena la Ley de Tribunales de Familia en relación a otorgar los cuidados provisorios a los progenitores, a un familiar o un adulto con el cual el niño tenga una relación significativa, privilegiando el entorno familiar en materia de cuidados personales provisorios, preocupa el hecho que en una de las sentencias uno de los adultos a cargo no tenga identificación (P-595-2023 TFI). Es necesario que los

tribunales de familia tengan procedimientos expeditos de determinación de la relación de parentesco entre los adultos responsables y los niños a cargo cuando se carece de documentos de identidad, en especial, cuando se trata de niños sin documentos o que teniendo algún documento no se refleja relación de parentesco entre el adulto y el niño (caso de los abuelos, tíos).

En términos generales, los tribunales de familia ordenan medidas cautelares que están contempladas en el art. 68 de la Ley 21.430 como medidas administrativas y que son funciones propias de las OLN. Estas son: derivación a programas ambulatorios, instruir la matrícula o permanencia en establecimientos educacionales, instruir activación de beneficios de seguridad social, derivar a los progenitores o responsables del niño al Servicio de Registro Civil e Identificación a objeto que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presentan los documentos de identidad del niño o adolescente. Henríquez (2023) es de la opinión que el artículo 57 de la Ley 21.340 aun cuando señala que la protección judicial es aquella de carácter específica y especializada para proteger los derechos de los NNA, no indica qué derechos o vulneraciones justifican su intervención ni excluye que en paralelo exista protección administrativa. De este planteamiento se infiere que la protección judicial debe aplicarse en los casos más complejos, pues los Tribunales detentan facultades de imperio que las OLN no. Aun así, no queda claro cuál es el límite de la competencia entre las OLN y el juzgado de familia⁹⁹.

De acuerdo a esta investigación en relación a la niñez no acompañada y separada, si bien es cierto que existen medidas que son de carácter administrativo que pueden asumir las OLN, no es menos cierto que realizando un análisis de la legislación de infancia, la ley migratoria y de refugio, la tendencia es a la intervención judicial respecto de la niñez que requiere protección internacional. Esta intervención se abocará a resolver variados aspectos tales como: identificación del niño, relación de parentesco con los adultos responsables, cuidados alternativos, reunificación familiar, coordinación con otros Estados con propósitos de retorno, consideraciones atinentes a refugio y coordinación de redes intersectoriales que permitan el restablecimiento o reparación de derechos del niño.

Henríquez señala también que, en la práctica, al menos al comienzo, las personas e instituciones no dudarán en derivar directamente al tribunal de familia antes que, a la OLN, no pudiendo el tribunal desentenderse de dicha solicitud en virtud del principio constitucional de inexcusabilidad. En ese sentido llama la atención las resoluciones adoptadas en las causas RIT P-934-2023, P-935-2023 y 936-2023 del Tribunal de Familia de Arica en las que no se acoge la medida de protección por cuanto el solo hecho de ingresar por paso no habilitado no constituye vulneración grave de derechos. Sin más antecedentes en la decisión, no se puede realizar un análisis de cuál es su fundamento, no obstante, este tipo de decisiones judiciales abre la posibilidad de que las OLN asuman casos en los cuales se requieran

⁹⁹ HENRIQUEZ, S. (2023). Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile. Análisis crítico de la Ley 21.430. Santiago. Ediciones DER. Pág. 97

medidas cautelares tales como acceso a educación, salud y seguridad social de niños en situación migratoria irregular acompañados y separados. Esta situación no puede darse respecto de niños no acompañados pues en esos casos la competencia es exclusiva del juez de familia por cuanto se deberá abordar temáticas de cuidados alternativos temporales hasta que exista una solución duradera de reunificación familiar.

En este marco, preocupa que las resoluciones analizadas no intenten establecer relaciones de parentesco en los casos de niños que carecen documentos de identidad sin poder establecerse su relación con el adulto responsable.

De otro lado, los niños venezolanos que iniciaron su travesía migratoria a los 9 años o antes carecen de documento de identidad, por lo que han crecido en Chile sin documentos y algunos sin poder regularizar su situación hayan o no ingresado por pasos habilitados, pues el Servicio Nacional de Migración en orden de subsanar la petición de visa, solicita: pasaporte, documento de identidad o en su defecto una constancia consular de identidad con plazos de hasta 60 días, trámites prácticamente imposibles de cumplir dado el funcionamiento de las instituciones involucradas en los países de origen. Ante el incumplimiento se rechazará la solicitud de conformidad con el art. 88 N.º 1 de la Ley 21.325. Este rechazo afecta sendos derechos del niño como su derecho a la identidad, a la salud, a la educación y al pleno desarrollo, porque si bien tienen acceso a educación a través de la asignación del IPE - Identificador Provisorio Escolar- dicho identificador sólo es útil para acceder a la escuela pública y no constituye un instrumento de identificación y lo mismo sucede con la identificación provisoria que se le asigna en FONASA para efectos de salud. Esta falta de identificación impide que niños migrantes con excelentes calificaciones puedan acceder a becas escolares, pertenecer a clubes deportivos o seguros de salud privados y si en el futuro no se regulariza su situación y cumplen los 18 años, tendrán complicaciones para acceder a educación superior.

El Tribunal de Familia cumple un rol importante en la restitución del derecho a la identidad y la reunificación familiar pues a través del procedimiento proteccional puede ordenar al Registro Civil la expedición de un RUN provisorio que, si bien, no regulariza la situación del niño, sí es un medio idóneo de identificación que puede ser presentado al Servicio Nacional de Migración para la obtención de una visa de residencia o la reunificación familiar. Esta situación se produjo en la causa RIT P-2444-2023 del Tribunal de Familia de Antofagasta en que en resolución de 02 de junio de 2023 ordenó la expedición de RUN provisorio para un menor hasta que se le otorgara una visa.

Además, los Tribunales de Familia han ordenado medidas innovativas fundándose en el interés superior del niño (art. 22 Ley 19.968). Por ejemplo, han oficiado al Registro Civil para la asignación de RUN provisorio, toma de huellas, datos biométricos y fotografías y otras que procedan a fin de identificar al niño. Estas cuestiones se encuentran actualmente reguladas en el art. 68 de la Ley 21.430 de 2022, en el capítulo VI de las Oficinas Locales de Niñez, indicándose que estas tienen funciones proteccionales y, con fundamento en esa

facultad, pueden derivar al padre, madre o representantes legales del niño al Servicio de Registro Civil e Identificación para que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presenten los documentos de identidad del niño. En ese contexto, la competencia del tribunal de familia dependerá de la necesidad de acompañamiento del niño, de la complejidad y especialidad del caso juzgado. Entre tanto se implementan las OLN, la realidad es que los tribunales de familia seguirán siendo un eje importante en la restitución de derechos, si bien no de todos los niños que lo requieren, sí de aquellos casos que bajo su conocimiento requieran acceder a derechos mínimos como la salud, educación e identidad.

3.3.- Niñez No Acompañada y Separada: Refugio y Protección Complementaria

En materia de refugio Chile se rige por la Ley 20.430 de 2010, la cual fue modificada por la nueva Ley de Migración y Extranjería. Esta Ley señala que la protección de los refugiados y de los solicitantes de la condición de tal se regirá por los principios de no devolución, la prohibición de rechazo en frontera; la no sanción por ingreso ilegal; el resguardo de la confidencialidad; el trato más favorable posible; y la preservación de la unidad de la familia.

El procedimiento para la obtención del estatuto de refugiado, comienza con la solicitud que el peticionario puede hacer en la frontera, ante la Policía de Investigaciones, o una vez haya ingresado ante las autoridades del Servicio Nacional de Migración, aun cuando el inmigrante haya realizado su ingreso por paso no habilitado. Esta solicitud de refugio va acompañada de una visa temporal (Art. 42) que se otorga al solicitante mientras se define su condición de refugiado por el Estado de Chile. Dicha visa tiene, en general, una duración de 8 meses prorrogables hasta obtener la respuesta definitiva del Servicio. En la práctica la respuesta a la solicitud tarda alrededor de 5 años.

En el caso de los menores de edad, la Ley de protección de refugiados establece que tienen derecho a solicitar dicha condición con independencia de las personas que ejercen su representación legal (Art 39). Así, se reconoce al niño migrante como un sujeto de derechos independiente, que puede hacer la petición de forma separada de sus padres o tutores legales.

Cuando se trata de menores no acompañados o separados que hayan presentado una solicitud de refugio, la Ley señala que la Secretaría Técnica de la Comisión informará de inmediato a la autoridad de menores, por lo que serían los Tribunales de Familia quienes ordenarán la adopción de las medidas de protección y cuidado que sean necesarias para proteger al menor solicitante de refugio. En esta labor el tribunal debe observar en el procedimiento las recomendaciones formuladas por el Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las Directrices sobre Protección y Cuidados de Niños Refugiados¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Huelga decir que dichas Directrices hacen énfasis en que la mejor forma de ayudar a los niños refugiados es ayudando a sus familias y una de las mejores formas de ayudar a las familias es ayudando a la comunidad

La Ley 21.325 por su parte, consagra en su artículo 10 el beneficio de la protección complementaria en caso de rechazo de la condición de refugiado, la cual puede ser otorgada de oficio o a petición de parte respecto de todo solicitante de refugio, incluidos los menores de edad. En todo caso, mientras el niño se encuentre en territorio chileno, no acompañado o separado debe tener la protección del Estado Chileno dada su condición de triple vulnerabilidad por razones de edad, situación de movilidad, y su condición de separado o no acompañado, todo ello en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La invisibilidad¹⁰¹ de la niñez no acompañada o separada de su familia, la dificultad para obtener información y datos estadísticos de esta población infante se constituyen como otras barreras para la protección de sus derechos. En el año 2020 se realizaron 1.628 solicitudes de refugio, en el año 2021 las solicitudes ascendieron en más de un 50%, existiendo 3.867 personas solicitantes de refugio. De estas, el 79% de los solicitantes fueron de nacionalidad venezolana. Del total de solicitudes presentadas entre 2020 y 2021, 696 corresponden a niños solicitantes de refugio¹⁰².

Pese a que los Estados deben ofrecer protección internacional a las personas extranjeras cuyos derechos humanos han sido vulnerados en el país de nacionalidad o residencia habitual, tanto a través del reconocimiento del estatuto de refugiados como por medio de la protección complementaria y otras formas de protección humanitaria de acuerdo a sus obligaciones internacionales de derechos humanos¹⁰³, solo 12 personas de nacionalidad venezolana obtuvieron el estatuto de refugiado en el año 2021, siendo rechazadas 3082 solicitudes de refugio¹⁰⁴.

Esta situación es preocupante, ya que solo un puñado de personas acceden al estatuto de refugiado, además se desconoce cuántos de ellos son menores de edad, tampoco existe hasta el momento evidencia de la aplicación de la protección complementaria estipulada en la Ley de Migración y Extranjería, la cual se concede de oficio o a petición de parte cuando se rechaza la solicitud de refugio. Por lo que en definitiva la visa temporal humanitaria de NNA que ingresa por paso no habilitado, es un instrumento importante para el acceso a derechos, con las dificultades prácticas que existen para obtenerla en especial si se trata de niños indocumentados y en la medida que la protección del niño separado o no acompañado es responsabilidad de sus cuidadores, excepto si el niño está sujeto a protección del Servicio

e indica que en el trabajo en terreno la ACNUR diseña sus programas de tal forma que la familia se ocupe de sus hijos, y de ayudar a la comunidad para que la familia pueda ejercer su rol protector.

¹⁰¹ “La infancia migrante no acompañada constituye uno de los rostros menos visibles de los flujos migratorios” Ortega Soriano (2009) citado en: Documento Amicus Curie presentado por Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva de Obligaciones Estatales respecto de los Derechos de los Niños Migrantes. Pág. 25. México, 2012.

¹⁰² En este caso no hay discriminación por nacionalidad, sin embargo, el total de solicitudes del 2021 indica que los solicitantes son en su mayoría de nacionalidad venezolana.

¹⁰³ CIDH O.C N°21 Párrafo 37

¹⁰⁴ Información obtenida en <https://www.migracionenchile.cl/refugio/>

Nacional de Protección Especializada, entidad que no tiene al momento de hacer esta investigación datos estadísticos de los niños no acompañados o separados de sus familias que estén atendidos en residencias colaboradoras o en su red de servicios.¹⁰⁵ Lo anterior redundaría en una mediana protección del Estado a los niños no acompañados/separados en relación al derecho del niño a vivir en familia, pues las acciones tendientes a brindar esta protección se circunscriben a la acción de los Juzgados de Familia.

4. CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo investigado existe un sistema de protección internacional para el niño separado/ no acompañado que se fundamenta en la Convención de Derechos del Niño, complementada por Observaciones Generales del Comité del Niño, así como de Opiniones Consultivas de la CIDH y Directrices de la ONU cuyo propósito es orientar a los Estados en la implementación de estos derechos en las políticas públicas, la acción legislativa, judicial y administrativa.

Los niños separados/no acompañados tienen necesidades de protección especiales, algunas de las cuales son el refugio, la protección complementaria y la protección ofrecida a cualquier extranjero con fundamento en las obligaciones internacionales de derechos humanos. Que esta normativa internacional plantee la familia como el ambiente adecuado para que el niño crezca, se le provea cuidado, protección y bienestar, se traduce en la consagración de un derecho humano la vida familiar del niño que justifica la protección de las relaciones familiares y la preservación de éstas. Todos los niños, niñas y adolescentes son titulares de este derecho, incluidos los niños migrantes separados/no acompañados. La reunificación familiar es una de las soluciones duraderas que busca dar efectividad a este derecho, siempre y cuando esta medida cumpla con el interés superior del niño, el cual una vez evaluado y determinado por la autoridad administrativa o judicial deberá darle cumplimiento. Cuando dicha medida implique el retorno del niño a su país se deberá considerar si el país de nacionalidad o residencia habitual del niño no implica un riesgo de vulneración de sus derechos y, mientras se establecen las medidas duraderas, el niño deberá acceder a cuidados alternativos de forma temporal, siempre priorizando los entornos familiares y estableciendo de forma excepcional medidas que impliquen el ingreso a una institución residencial.

Dada la existencia de migración forzada de niños y niñas desde Venezuela a Chile se hizo necesario indagar en las medidas de protección internacional de las que podría ser beneficiario el niño no acompañado y separado para luego, cotejar si en la legislación nacional existe el deber reforzado de tutela respecto del derecho a vivir en familia de los niños en esta situación.

¹⁰⁵ Información solicitada por Ley de Transparencia. Solicitud de información AI010T0000871 Fecha: 01-03-2023

Al respecto se encontraron las siguientes conclusiones. Primero, hay una serie de normas dispersas en los distintos cuerpos normativos que regulan la infancia migrante no acompañada/separada que se refieren a su derecho a vivir en familia. Entre estos cuerpos normativos se encuentran normas de derecho migratorio, normas de derecho de infancia y familia, entre ellas leyes, decretos, resoluciones exentas, circulares e instructivos.

Segundo, las instituciones a cargo de la niñez migrante no acompañada tampoco se encuentran identificadas en un estatuto normativo unificado. No obstante, se pueden reconocer tres instituciones que cumplen un rol importante en el marco de la protección de derechos de la niñez no acompañada/separada, las cuales son los tribunales de familia, el Servicio Nacional de Protección Especializada y el Servicio Nacional de Migración. Estas dos últimas instituciones fueron creadas recientemente en la legislación nacional, reemplazando al SENAME la primera y la segunda al Servicio de Extranjería y Migración.

Tercero, en relación a las medidas de protección de niñez migrante (en general) existen circulares, oficios e instructivos del Servicio de Protección Especializada acompañadas de convenios interinstitucionales con el Servicio de Migración. Sin embargo, no se encontró un abordaje integral del tema, sino que el establecimiento enunciativo de algunas instrucciones de reunificación familiar en relación a niñez no acompañada/separada adoptadas por el Servicio de Protección Especializada. Importa decir también que se suprime la unidad de coordinación internacional por la intersectorial, la cual asume dichas funciones en relación a la coordinación del retorno del niño no acompañado/separado a su país de residencia habitual o de nacionalidad. No obstante, esta unidad no tiene funciones exclusivas de coordinación internacional, sino que es una de las tantas que se le atribuyen, sin que la norma indique especialización alguna en el tema migratorio.

Cuarto, la protección de los niños no acompañados/separados se circunscribe a aquellos que se encuentran bajo una medida de protección judicial, quienes son acompañados en el proceso de reunificación familiar, cuidados alternativos y retorno, así como en la regularización de su situación migratoria ante el Servicio Nacional de Migración por el Servicio Nacional de Protección Especializada, cuando se encuentran bajo la modalidad de cuidado alternativo residencial. No obstante, los niños que están bajo una medida de protección ambulatoria o no están bajo una medida de protección, quedan en un escenario distinto en el cual el adulto responsable debe depender de sus propios esfuerzos para obtener la regularización del niño y realizar gestiones de reunificación familiar e incluso retorno. Algunas veces son las organizaciones sociales quienes suplen esta necesidad, pese a que no tienen el alcance de coordinación que tienen los Estados para temas como retorno asistido.

Quinto, las leyes (de refugio, de garantías de la niñez, de migración y extranjería) convienen en judicializar todos los casos de niñez no acompañada por lo que el eje de las medidas de protección es el poder judicial, en el cual se concentra la responsabilidad de emitir las y obligar su cumplimiento.

Sexto, los niños no acompañados/separados son sujetos de protección internacional por lo que pueden acceder a refugio, protección complementaria o cualquier tipo de protección que se ofrece a extranjeros para la garantía de sus derechos humanos, esto en consideración a las obligaciones internacionales que tienen los Estados en materia de derechos humanos. En Chile existe una baja tasa de acogimiento de las solicitudes de refugio de ciudadanos venezolanos, siendo la tasa de rechazo más alta, lo cual evidencia la desprotección en la que caen adultos y niños que la requieren. Esta situación refleja también la invisibilidad de la problemática de la niñez migrante no acompañada/separada, no existiendo ni siquiera un registro de los niños en esta situación al seno del Servicio de Protección Especializada.

Séptimo, a pesar de la mención del deber reforzado del Estado en la protección de la niñez migrante en la nueva Ley de Garantías 21.430 de 2022, no hay coherencia ni coordinación entre las distintas instituciones que verdaderamente refuerce el derecho del niño a vivir en familia. La ley de Migración y Extranjería, expedida de forma reciente, no permite la regularización de los cuidadores y padres en situación migratoria irregular, siendo el alcance de la regularización sólo para los infantes; lo que deviene en desprotección de las relaciones familiares del niño debido a la precariedad de la situación de quienes están a su cargo en ámbitos como el trabajo y la inclusión social. Esta situación hace ineficaz la reunificación familiar dentro del país y en definitiva priva al niño del derecho a vivir en familia. Así las cosas, parece que en el sistema priman las facultades soberanas de control de migración sobre el derecho del niño a vivir en familia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

CILLEROS, M.(1999).“El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” En Revista Justicia y Derechos del Niño (Núm 1), 45-62 https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

Derecho de Familia. (2015). Angel Lopez Y López “et al”. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788490865989>

HENRIQUEZ, S. (2023). Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile. Análisis crítico de la Ley 21.430. Santiago. Ediciones DER.

HERNANDEZ, T. A. (2019). Estándares aplicables para garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia de la niñez migrante. México. Tirant lo Blanch.

LATHROP GÓMEZ, F. (2017) El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales. Estudios de derecho familiar III: Terceras Jornadas Nacionales Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Coordinación: Domínguez, Carmen.

MONDACA, A. (2022) “Relevancia, para efectos de las órdenes de expulsión, de los nexos de filiación de los inmigrantes en la Nueva Ley de Migración y Extranjería”. Estudios de derecho de familia VI. Actas de las sextas jornadas nacionales Facultad de derecho Universidad Diego Portales. Pag. 92-102. Thomson Reuters Proview.

RAMOS PAZOS, René. (2010). Derecho de Familia (7ma edición). Santiago. Editorial Jurídica.

RAVETLLAT, I, & PINOCHET, R (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”. Santiago. Revista chilena de derecho (vol.42, no.3). 903-934 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>

RAVETLLAT, I. (2022). El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXXV-Nº1

TRONCOSO LARRONDE, H. (2020) Derecho de Familia. (17ª edición). Editorial Thomson Reuters.

Informes

COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL DE MÉXICO. (2012) Amicus Curiae. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva de Obligaciones Estatales respecto de los Derechos de los Niños Migrantes. [En línea] México. <<https://justicia.iidh.ed.cr/images/Amicus/Caso-Proteccion-reforzada-de-ninos-y-ninas-en-condicion-migratoria-en-general-y-no-acompanados.pdf>> [Consulta: 05 mayo 2023]

CORTE SUPREMA (2020). Oficio No 81-2020. Situación NNA Migrantes [En línea]. Santiago, Chile. <<https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/9459>> [Consulta: 22 noviembre 2022]

PONCE F, Erika. (2018). Informe Políticas Públicas de Infancia en Chile y Antecedentes Región de Aysén. [En línea]. Chile. <<https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=transparencia&ac=doctoInformeAsesoria&id=428>> [Consulta: 05 mayo 2023]

UNICEF. (2021). Migración Infantil. [En línea] <<https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>> [Consulta: 22 noviembre 2022]

SERVICIO JESUITA MIGRANTE. (2021). Población Migrante en Chile. [En línea] <<https://www.migracionenchile.cl/poblacion/>> [Consulta: 22 noviembre 2022]

SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIÓN. (2022). Estadísticas Migratorias. [En línea] Chile. <<https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/estimacionesdeextranjeros/>> [Consulta: 07 agosto 2023]

Artículos

CARRETA, F. (2021). ¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la Observación General 14 del Comité del Niño” Revista Ius et Praxis, año 27, N 2, Talca.

ACUÑA, M. (2014). El interés Superior del Niño como regla de procedimiento. El Mercurio Legal. [En línea] <<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903118&Path=/0D/C7/>> [Consulta: 03 mayo 2023]

PODER JUDICIAL. (2021). Noticias. Corte Suprema instruye trabajo a nivel nacional para proteger a los niños y niñas no acompañados que ingresan al país. [En línea] <<https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/54425>> [Consulta: 15 agosto 2022]

Normativa Internacional

ONU. Asamblea General. 1989. Convención de Derechos del Niño

ONU. Comité de Derechos del Niño. 2005. Observación General No 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen

ONU. Comité de Derechos del Niño. 2013. Observación General No 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

ONU. Comité de Derechos del Niño. Observación General Conjunta No 4 y 23. 2017. Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

ONU. Comité de Derechos del Niño. 2017. Observación General N° 22: Sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

ONU. Asamblea General. 1990. Resolución 45/158: Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

ONU. Asamblea General. 1948. Resolución 217 A III: Declaración Universal de Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2002. Opinión Consultiva 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Opinión Consultiva 21: Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

ONU. Asamblea General. 2010. Resolución 64/142 de las Naciones Unidas: Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

Normativa Nacional

CHILE. Constitución Política. 1980

CHILE. Ministerio de Salud. 2020. Decreto 04: Decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-ncov)

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2020. Decreto Supremo 104: Declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2020. Decreto Supremo 269: Prorroga estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2020. Decreto Supremo 400: Prorroga estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2020. Decreto Supremo 646: Prorroga estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2020. Decreto Supremo 76: Extiende vigencia del decreto supremo n° 107, de 2020, del ministerio del interior y seguridad pública, que declara como zonas afectadas por catástrofe a las comunas que indica.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2020. Decreto 102: Dispone cierre temporal de lugares habilitados para el ingreso y egreso de extranjeros, por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-ncov).

CHILE. Ministerio de Desarrollo Social. 2019. Ley 21.150: Modifica la ley n° 20.530 y crea el ministerio de desarrollo social y familia.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.968: Crea los tribunales de familia.

CHILE. Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2022. Ley 21.430: Garantías y protección integral de los Derechos de la niñez y adolescencia.

CHILE. Servicio Nacional de Protección Especializada. 2022. Resolución Exenta 00186: Procedimiento sobre la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes extranjeros sujetos de atención mejor niñez, o chilenos que se encuentren en el exterior en condiciones de vulneración de derechos.

CHILE. Servicio Nacional de Protección Especializada. 2022. Resolución Exenta 085: Creación Unidad Intersectorial del Servicio Mejor Niñez.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2010. Ley 20.430: Establece disposiciones de protección a refugiados.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2021. Ley 21.325: Migración y Extranjería.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2022. Decreto Reglamentario 296: Reglamento que complementa el ordenamiento jurídico existente, especificando y detallando las normas legales relacionadas con la Ley de Migración y Extranjería.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2022. Decreto 177: Aprueba subcategorías migratorias.

CHILE. Corte Suprema. 2015. Acta N° 77: Modifica Actas N° 98-2009 y 91-2010 en relación a tramitación de exhortos internacionales del Tribunal de Familia.

CHILE. Departamento de Extranjería y Migración. 2017. Circular 16: medidas para facilitar la salida del país de extranjeros que se encuentren tramitando visa de residencia.

CHILE. Servicio Nacional de Menores. 2018. Circular N° 04: Sobre política y gestión de casos de niños extranjeros y chilenos que habitan en el exterior vulnerados en sus derechos o deban ser reunificados en el exterior con sus familiares.

CHILE. Código de Procedimiento Civil.

Ley de Transparencia

CARABINEROS DE CHILE. Ley de Transparencia solicitados, organizados y analizados por el área de estudios e incidencia del SJM

SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA. Solicitud de información AI010T0000871 Fecha: 01-03-2023

SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA. Solicitud de información AI010T0000857 Fecha: 17-01-2023

SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA. Solicitud de información AB099T0010725 Fecha: 13-07-2022

Sentencias

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-1626-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-2535-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-1908-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-2098-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-2707-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-2738-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-2411-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-590-2023

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-595-2023

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-589-2023

TRIBUNAL DE FAMILIA DE IQUIQUE. Causa RIT P-2548-2022

TRIBUNAL DE FAMILIA DE ANTOFAGASTA. Causa RIT P-2479-2022 del Tribunal de Familia de Antofagasta

JUZGADO DE LETRAS GARANTÍA Y FAMILIA DE POZO ALMONTE. Causa RIT P-247-2023

TRIBUNAL DE FAMILIA DE ARICA. Causa RIT P-934-2023

TRIBUNAL DE FAMILIA DE ARICA. Causa RIT P-935-2023

TRIBUNAL DE FAMILIA DE ARICA. Causa RIT P-936-2023