

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile.

AVANCES Y DESAFÍOS



**UNHCR
ACNUR**

La Agencia de la ONU para los Refugiados



Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

unicef

**Los derechos de los niños,
niñas y adolescentes migrantes,
refugiados y víctimas de trata
internacional en Chile.
AVANCES Y DESAFÍOS**



**UNHCR
ACNUR**

La Agencia de la ONU para los Refugiados



Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

unicef

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos

© Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR
© Organización Internacional para las Migraciones, OIM
© Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Coordinación editorial:

Ariel Riva, Delfina Lawson (ACNUR)
Yelka Ocon Oqueli, Sònia Lahoz i Ubach (OIM)
Nicolás Espejo Yaksic, Andrea Balart Armendariz (UNICEF)

Edición: Carolina Silva Gallinato EIRL

Diseño y diagramación: Andros Impresores

Fotos portada (en el sentido de las aguas del reloj): Nelson González, UNICEF, 2010 /
Juliana Quintero, OIM, 2005 / Marcial Ugarte, UNICEF, 2010 / Carlos Molina, UNICEF, 2010 /
Esteban Garay, UNICEF, 2010

ISBN: 978-92-806-4647-4

Registro de Propiedad Intelectual: 218.948

Primera edición, 1.500 ejemplares

Santiago de Chile

Julio de 2012

Impresión: Andros Impresores

Los textos contenidos en el presente documento pueden ser utilizados total o parcialmente mientras se cite la fuente.

Esta publicación está disponible en www.acnur.org, www.oimchile.cl, www.unicef.cl

Índice

PRESENTACIÓN	7
1. NICOLÁS ESPEJO, ANDREA BALART <i>Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena</i>	9
2. ARIEL RIVA, DELFINA LAWSON <i>Estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado</i>	51
3. SÒNIA LAHOZ <i>De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familias</i>	89
4. DENISSE ARAYA, IRIA RETUERTO <i>Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes</i>	119
5. CORINA COURTIS <i>Niños, niñas y adolescentes refugiados/as en Chile: un cuadro de situación</i>	159
6. MARGARITA BECERRA, LAURA ALTIMIR <i>El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental</i>	191
7. DANIEL CONTRERAS, SOLEDAD CORTÉS, CANDY FABIO <i>Niños, niñas y adolescentes migrantes y su derecho a la educación en Chile</i>	217
8. ROSARIO FERNÁNDEZ <i>Una mirada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile. Avances y desafíos pendientes</i>	243
ACERCA DE LOS AUTORES	273

■ Presentación

En conformidad con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), todo Estado Parte debe respetar y asegurar los derechos enunciados en este instrumento internacional a todo niño/a sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Tal obligación se hace extensiva a la adopción de todas aquellas medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares.

Como ha recordado el Comité de los Derechos del Niño, las obligaciones del Estado en virtud de la CDN se aplican con referencia a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. Estas obligaciones a cargo del Estado no pueden ser arbitrarias y unilateralmente recortadas y deben ser aplicadas dentro de las fronteras del país, incluso con respecto a los niños que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la CDN no está limitado a los niños que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la CDN, son también aplicables a todos los niños, sin excluir a los niños y niñas solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y víctimas de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes. Se busca, en otras palabras, el generar un marco de protección en el que el “ser niño” prime sobre el hecho de ser “migrante”, “refugiado” o “víctima de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes”, generando así un marco regulatorio de la migración en concordancia con el principio de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Este marco integral de protección de los derechos debe tomar en cuenta, a su vez, la particular posición de vulnerabilidad en que se encuentran algunos niños, niñas y adolescentes. Es así como la comunidad internacional, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) han desarrollado normas, políticas y directrices internacionales a fin de mejorar la protección y el cuidado de los niños/as y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en los países de acogida. Estos grupos poblacionales se encuentran con frecuencia en situaciones especiales de vulnerabilidad en razón de su edad, condición social y estado de desarrollo físico y mental, siendo estos niños/as particularmente susceptibles a ser expuestos por la fuerza al riesgo de lesiones físicas y psicológicas, explotación y muerte o a problemas de protección propios de esta condición de vulnerabilidad.

Conscientes de la necesidad de consolidar y profundizar los esfuerzos emprendidos por el Estado de Chile hacia la creación de un sistema de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el presente estudio reflexiona sobre los principales avances y desafíos pendientes en esta materia. Con este objetivo en mente, ACNUR, OIM y UNICEF decidieron convocar a un grupo de académicos y expertos para formular una visión global de los pasos adoptados por el Estado de Chile en la protección de los derechos de los niños migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional. El resultado de este proceso es un conjunto de artículos que sistematizan algunos de los principales estándares de derechos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional, que abordan diversas medidas adoptadas por el Estado de Chile para garantizar esos derechos y formulan una serie de recomendaciones precisas para fortalecer la protección integral de los mismos.

Esperamos que este trabajo sea un aporte para garantizar efectivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile.

EVA DEMANT

Representante Regional
Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los
Refugiados (ACNUR)

VIVIANA MELLADO

Encargada de Misión en Chile
Organización Internacional
para las Migraciones
(OIM)

TOM OLSEN

Representante para Chile
Fondo de las Naciones Unidas
para la Infancia
(UNICEF)

Santiago de Chile, 11 de junio de 2012

1 NICOLÁS ESPEJO, ANDREA BALART

Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena

En sus observaciones finales de septiembre de 2011, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares tomó nota del proceso de elaboración de una nueva ley de migraciones para Chile. En dicha oportunidad, el Comité recomendó al Estado de Chile que se asegurara que el proyecto de ley sobre migración, en que actualmente se trabaja, sea adoptado en un futuro cercano y que resulte plenamente conforme con las normas internacionales de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares y, en particular, con las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹. Dicha recomendación se suma a otras formuladas por órganos de supervisión de derechos humanos de las Naciones Unidas, tales como las hechas por el Comité de los Derechos del Niño a Chile, en febrero de 2007, orientadas a reforzar la protección de los derechos de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes².

¹ El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares examinó el informe inicial de Chile (CMW/C/CHL/1) en sus sesiones 169ª y 170ª (CMW/C/SR.169 y 170), celebradas los días 13 y 14 de septiembre de 2011. En su 180ª sesión, el 21 de septiembre de 2011, el Comité aprobó sus observaciones finales. Cfr., Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/CMW.C.CHL.CO.1-S.pdf>

² “Aunque el Comité acoge con satisfacción las enmiendas a la Constitución que procuran eliminar la situación de apatridia de los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, no deja de preocuparle que los hijos de extranjeros sin residencia legal en Chile sigan expuestos a la apatridia. Es más, el Comité lamenta que el Estado Parte aún no haya promulgado una legislación adecuada conforme con sus obligaciones internacionales de protección de los refugiados. También preocupa al Comité que los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes, carezcan de acceso adecuado a los servicios de salud mientras se tramitan sus solicitudes en el sistema de registro nacional y que, de hecho, sufran discriminación al tratar de ejercer su derecho a la educación. Además, el Comité lamenta que ni en su informe ni en su respuesta a la lista de cuestiones el Estado Parte haya presentado suficiente información sobre la situación de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes”. Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, *Observaciones*

Tomando en cuenta dichas recomendaciones y el proceso de revisión legislativa que el Estado de Chile actualmente emprende en materia de ley de migraciones, este capítulo se concentra en la identificación de algunos de los principales desafíos normativos que una futura legislación migratoria chilena enfrentará de cara a otorgar un marco de protección integral a los derechos de los niños migrantes³. No se trata, en consecuencia, de un estudio acabado sobre todas las disposiciones de rango legal y administrativo vigentes en materia de migraciones y que resultan relevantes para la garantía de los derechos de los niños migrantes⁴. Lo que pretendemos, más bien, es sistematizar –en base a los principales estándares de derechos humanos– algunos de los principales derechos y garantías que los poderes Ejecutivo y Legislativo debieran buscar cautelar en el contexto de la revisión de su legislación e institucionalidad migratoria, en lo que sea aplicable a los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Por cierto, la debida protección y garantía de los derechos de los niños/as migrantes requiere de reformas legales e institucionales que exceden los campos estrictamente migratorios. Tal es el caso de la necesidad de promulgar una ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) que permita generar las condiciones formales y materiales para el ejercicio efectivo de los derechos de todos los niños, incluidos los niños migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata internacional. En este mismo sentido, se dirigen las recomendaciones que se han formulado para poder contar con un Defensor del Niño, figura autónoma e independiente del poder político de turno y que pueda ejercer funciones de defensa y protección de los derechos de todos los NNA, incluidos los niños migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata internacional, frente a la autoridad y los privados⁵.

finales. Examen del Informe periódico presentado por el Estado de Chile, 2007, Párr. 63. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/onudh/informes-ddhh/291-ddhh-cl/582-cdn-2007-chile.html>. Algunas de estas recomendaciones han sido tomadas en cuenta por el Estado de Chile, tales como la adopción de una Ley de Refugio y otras medidas administrativas en materia de salud y educación. La plena efectividad de dichas medidas es, en parte, revisada en el presente capítulo.

³ Para una presentación de los estándares y desafíos pendientes en materia de protección de los derechos de los niños solicitantes de asilo y refugiados, véanse los capítulos 2º y 5º de esta misma publicación. A su vez, para una revisión de los avances y problemas en la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata internacional, véase el capítulo 4º de este libro.

⁴ Existen diversas disposiciones relevantes en esta materia, siendo el Decreto Ley N° 1.094 (1975), del Ministerio del Interior, que establece normas sobre extranjeros en Chile, la principal de ellas. Cfr., además, Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior (Reglamento de la Ley de Extranjería); Decreto Supremo N° 5142 de 1960 del Ministerio del Interior (que fija normas sobre nacionalización de extranjeros) e; Instructivo Presidencial N° 9, de septiembre de 2008, que fija la política nacional migratoria, entre otras disposiciones.

⁵ Para una presentación general de los elementos que debieran conformar una reforma global a la institucionalidad de infancia en Chile ver, *Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile: Aportes de la sociedad civil y del mundo académico*, UNICEF, Serie reflexiones, Infancia y

En este orden de cosas, y luego de reconocer que distintos aspectos vinculados con la protección integral de los derechos de los niños migrantes no pueden ser completamente regulados por la legislación migratoria, nos parece que el proceso de reforma impulsado por el Ejecutivo y tendiente a adoptar una nueva ley de migración constituye una oportunidad única para fijar el marco de acción de los poderes públicos para la protección de los derechos de los niños migrantes. Se trata, en otras palabras, de aprovechar el proceso de reforma a la legislación migratoria en Chile para el logro de dos objetivos: a) promover una perspectiva de derechos aplicable a las políticas, instituciones y legislación migratoria y; b) establecer un cruce expreso entre los estándares legales migratorios y los derechos y garantías reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

I. INTRODUCCIÓN: DERECHOS HUMANOS, MIGRACIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA

Una de las características fundamentales de los derechos humanos es que ellos son “universales”. Con la expresión “universales” se intenta indicar, a lo menos, tres cosas: a) Que toda persona humana, por el solo hecho de ser tal, es titular de aquellos derechos reconocidos como humanos; b) que aquellos derechos reconocidos como humanos son oponibles en contra de toda otra persona e institución, constituyendo el marco moral básico que regula las estructuras y prácticas de la vida política y; c) que los derechos humanos son universalmente reconocidos y aceptados, a lo menos en términos ideales y abstractos, por casi todos los pueblos y estados⁶.

Sin perjuicio del carácter universal de los derechos humanos, el reconocimiento formal y material de los mismos permanece aún fuertemente atado a ciertos imperativos hipotéticos –no categóricos– que restringen importantemente el pleno goce de los derechos humanos respecto de ciertos grupos de personas. Así, criterios como la nacionalidad, el sexo, la edad, la raza, el color, el género, la opinión política y las creencias religiosas, la posición social y económica, entre otros, suelen operar como factores diferenciadores que tergiversan el carácter universal de los derechos humanos⁷.

Adolescencia, N° 13, UNICEF, Santiago de Chile, enero de 2012, disponible en: <http://www.unicef.cl/unicef/public/centrodoc/ficha.php?id=363>.

⁶ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory & Practice*, Second Edition, Cornell University, Ithaca and London, 2003, p. 1.

⁷ Aquellas características expresamente consideradas como discriminatorias en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los órdenes constitucionales domésticos suelen ser

Por ello es que la comunidad internacional, consciente de la especial vulnerabilidad⁸ de determinadas personas, grupos de personas y pueblos, ha avanzado sistemáticamente hacia la construcción de estándares legales reforzados de protección para los derechos de estos últimos⁹. Es el caso, entre otros, de los migrantes y sus familias, quienes muchas veces ignoran las leyes y el idioma del país receptor y en varias ocasiones deben enfrentar abierta hostilidad por parte de la población, incluso de las autoridades. Dicha situación es particularmente grave en el caso de los migrantes indocumentados o en situación migratoria irregular, cuya situación los expone aún más a abusos, tales como arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Tales circunstancias, a su vez, afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes,

identificadas como “categorías sospechosas”. Dichas categorías (ej.: origen nacional o social, nacimiento, sexo, color, raza, entre otras) se encuentran sujetas a un estricto test de justificación que requiere que existan “razones de gran importancia” o “una necesidad social imperiosa” (fundada, a su vez, en los criterios de objetividad y razonabilidad) para justificar distinciones fundadas en ellas. Cfr., Corte Suprema de los Estados Unidos, *Korematsu v. United States*, 323 US 214; *Loving v. Virginia*, 4666 US 429 y; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05. Para una explicación de la doctrina de las categorías sospechosas ver, Ariel Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, en http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/4-Articulos/anuario03_articulo_01_%20Dulitzky.pdf, visitado el 23 de septiembre de 2011.

⁸ Sobre la noción de vulnerabilidad de ciertas personas, grupos de personas y pueblos, ver Reglas N° 3 y 4° de las Reglas de Brasilia: “(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. Cfr., *Reglas de Brasilia: sobre acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad*, en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124, visitado el 9 de septiembre de 2011.

⁹ Cfr., Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convenio (169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros tratados, resoluciones, declaraciones, protocolos y planes de acción. Un catálogo de estos estándares en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm>, visitado el 3 de noviembre de 2011.

quienes están además expuestos a excesos como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficientes¹⁰.

La vulnerabilidad recién descrita se profundiza cuando existe un cruce entre dos circunstancias vitales: ser niño y migrante, a la vez. En este contexto, muchas de las potencialidades y beneficios de los procesos migratorios pueden verse opacadas por el trato que los niños y niñas reciben durante el proceso migratorio, especialmente en el caso de los NNA indocumentados y los niños en una situación migratoria irregular, quienes están expuestos a que se les nieguen derechos como los relacionados con la privación arbitraria de libertad y se les limite o impida el acceso a la educación y a los servicios de cuidado de la salud¹¹. Dicha vulnerabilidad se extrema en aquellos casos de NNA no acompañados¹² o separados de sus padres¹³, quienes muchas veces corren el riesgo de ser deportados sin que se les apliquen las medidas de protección a las que tienen derecho, junto con verse especialmente expuestos a ser víctimas de la venta de niños o de la trata de personas¹⁴.

Consciente de lo anterior, la comunidad internacional ha generado un marco normativo especial, construido en base a dos tratados internacionales generales y de los cuales se derivan resoluciones, recomendaciones y otras disposiciones y estándares internacionales y regionales particulares¹⁵.

¹⁰ Cfr., Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, OEA/Ser./L/V/II.111, 16 abril 2001, párr. 64. Por su parte, distintas instancias de las Naciones Unidas han llamado la atención respecto de diversas manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo. Cfr., Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166, de 24 de febrero de 2000, A/RES/63/184, de 18 de diciembre de 2008, A/RES/63/241, de 24 de diciembre de 2008 y; resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 7/29, de 28 de marzo de 2008, 9/5, de 24 de septiembre de 2008, y 10/14, de 26 de marzo de 2009 y 12/6, de 01 de octubre de 2009.

¹¹ *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 22.

¹² Se consideran menores “no acompañados” los que están separados de sus padres u otros parientes o que no estén al cuidado de un adulto que, en virtud de la ley o la costumbre, se responsabilice de él. Véase la *Observación general N° 6* del Comité de los Derechos del Niño, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (HR/GEN/1/Rev.8), párr. 7.

¹³ Se consideran menores “separados” de sus padres los que viajan acompañados por adultos que cuidan de ellos o miembros adultos de su familia. Véase la *Observación general N° 6* del Comité de los Derechos del Niño, *Op. cit.*, nota 12, párr. 8.

¹⁴ Cfr., Asamblea General A/RES/63/156, de 18 de diciembre de 2008, A/RES/ 64/178, de 18 de diciembre de 2009. Asimismo, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 8/12, de 18 de junio de 2008, en la que el Consejo prorrogó el mandato de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 11/3, de 17 de junio de 2009 y 14/2, de 17 de junio de 2010.

¹⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y; Convención Internacional sobre la

De dicho marco global de protección se deriva la necesidad imperiosa de que, al momento de diseñar, implementar y supervisar sus políticas y legislación migratoria, los Estados tengan especial consideración de las necesidades de protección de derechos de todos los migrantes, y de los niños y niñas migrantes en particular.

A su vez, esa preocupación por una protección efectiva de los derechos de los migrantes debe estar acompañada de principios, reglas y estándares especialmente concebidos para atender las necesidades derivadas de la migración infantil y adolescente. De lo que se sigue la obligación que pesa sobre los Estados en orden a establecer una política y legislación migratoria con una perspectiva centrada en la protección integral de los derechos de los NNA migrantes, sensible a sus necesidades y vulnerabilidades específicas¹⁶. El horizonte de acción en esta materia es, pues, la inclusión de una óptica de los derechos del niño en las políticas y leyes sobre migración que reconoce todos los derechos humanos a todos los niños migrantes, sean cuales sean su edad, sexo, nacionalidad o estatus migratorio.

II. ESTÁNDARES ESPECIALES APLICABLES A LOS NIÑOS MIGRANTES: HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS

En conformidad con lo dispuesto por la CDN, los Estados deben respetar y asegurar los derechos enunciados en este instrumento internacional a todo niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, *el origen nacional*, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Tal obligación se hace extensiva a la adopción de todas aquellas medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares¹⁷.

De modo tal que el *principio general* aplicable a los estándares de derechos de los niños y niñas migrantes es el de plena efectividad de todos los derechos reconocidos por la CDN, por otras normas del Derecho Internacional

Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Ambas convenciones han sido ratificadas por el Estado de Chile.

¹⁶ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 24.

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, nota 15, art. 2.

de los Derechos Humanos y por la propia legislación interna, sin que la situación migratoria del niño (o la de sus padres, tutores o familiares) afecte el goce y ejercicio de sus derechos¹⁸. Como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño, las obligaciones del Estado en virtud de la CDN se aplican con referencia a todos los niños que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén, por otro concepto, sujetos a su jurisdicción (art. 2). Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitrarias y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de su jurisdicción. Por otra parte, las obligaciones del Estado, de acuerdo con la CDN, se aplican dentro de sus fronteras, incluso con respecto a los niños que queden sometidos a su jurisdicción al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la CDN no está limitado a los niños que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la CDN, son también aplicables a todos los NNA –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración¹⁹. Se trata, en otras palabras, de generar un marco de protección en el que el “ser niño” prime sobre el hecho de ser “migrante”, generando una regulación migratoria acorde a este principio fundamental²⁰.

A su vez, y debido a la particular vulnerabilidad de los niños migrantes, es que resulta de ayuda destacar algunos derechos y garantías de especial importancia para su debida protección. Esta lista, sin ser exhaustiva, unida al análisis de ciertas prácticas legislativas comparadas que reconocen estos derechos y garantías, puede permitir avanzar hacia la identificación de

¹⁸ Ver, en especial, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 18, párrafo 4 del artículo 23 y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los párrafos 1 y 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 12, y el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el apartado b) del artículo 5, el párrafo 2 del artículo 9, el apartado c) del párrafo 2 del artículo 11, los apartados d) a f) del párrafo 1 del artículo 16 y el párrafo 2 del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y el apartado h) del artículo 3, el párrafo 3 del artículo 4, el artículo 7, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 8, el párrafo 5 del artículo 16, el párrafo 2 del artículo 18, el apartado b) del párrafo 1 del artículo 23, los párrafos 2 a 5 del artículo 23, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 24, el apartado c) del párrafo 3 del artículo 24, el apartado b) del artículo 25 y el apartado d) del párrafo 5 del artículo 30 de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, op. cit., nota 12, párr. 12.

²⁰ H. Crawley, *Child First, Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*, London: ILPA, 2006, en especial, pp. 4-7, en: http://www.ilpa.org.uk/data/resources/13270/ilpa_child_first.pdf, visitado el 09 de agosto de 2011.

algunos elementos constitutivos de leyes migratorias, con perspectiva de derechos. Estos debieran servir de marco para la revisión de la legislación chilena en esta materia²¹.

1. Derechos civiles y políticos de los niños migrantes

Al ser portadores de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y la propia Constitución Política de la República de Chile²², los NNA migrantes son titulares de todos los derechos que se reconocen a la persona humana. Esto es, con plena independencia de su estatus migratorio (regular o irregular) o de su nacionalidad, los niños migrantes gozan del catálogo general de derechos humanos que el Estado de Chile se ha obligado a respetar y garantizar. Con todo, y dadas las dificultades materiales que experimentan los migrantes y sus familiares para obtener la protección efectiva de sus derechos, se hace necesario precisar algunos derechos y garantías que resultan particularmente relevantes en el caso de los niños migrantes, sea en el contexto de su ingreso al país, residencia, permanencia definitiva, egreso, reingreso, expulsión y control²³.

1.1. *Principio de no penalización y no expulsión de niños y niñas migrantes: Enfoque de protección*

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido consolidando un gran criterio rector: los Estados debieran considerar la migración irregular como infracción administrativa, invirtiendo así la

²¹ Para una sistematización fundamental del catálogo de derechos aplicable a niños migrantes ver, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, Buenos Aires, 2009, disponible en: http://www.unicef.org/lac/MIGRACION_UNICEF.pdf, visitado el 02 de octubre de 2011.

²² “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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.” Constitución Política de la República de Chile, artículo 5, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

²³ Esta precisión es fundamental, puesto que la legislación chilena vigente, sujeta estas materias a lo dispuesto por el Decreto Ley N° 1.094 (1975), del Ministerio del Interior, que establece normas sobre extranjeros en Chile, y que no contiene derechos ni garantías explícitas para los niños migrantes. Cfr., Decreto Ley N° 1.094, Ministerio del Interior, 1975, artículo 1, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6483>.

tendencia hacia una mayor penalización²⁴. Lo anterior se deriva de la tendencia de aplicar el marco de los derechos humanos a los acuerdos bilaterales y regionales para la gestión de los flujos migratorios y la protección del interés nacional²⁵. Como en la mayoría de los países las leyes sobre la migración carecen de una perspectiva de los derechos de los NNA, la consideración de la migración irregular como delito genera graves impactos en los derechos de los niños, quienes consecuentemente sufren los efectos de la criminalización de la migración irregular de sus familiares y la propia²⁶.

En el caso chileno esta cuestión resulta particularmente relevante a la luz de las disposiciones sobre infracciones y sanciones a la legislación migratoria establecidas en el párrafo 1 del Título II del Decreto Ley N° 1.094 del Ministerio del Interior (que establece normas sobre extranjeros en Chile)²⁷. Sobre el particular, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha observado lo siguiente:

24. Al Comité le preocupa que los trabajadores migratorios sancionados por la autoridad administrativa en relación con una infracción del Decreto Ley N° 1.094 sobre los extranjeros en Chile (1975) no puedan salir del país sin autorización.

²⁴ Algunos tipos penales creados por los Estados son, por ejemplo, el de entrada irregular, carencia de permiso de residencia, utilización de un permiso de residencia caducado o entrada no autorizada después de haberse adoptado una decisión de deportación y prohibición de regresar.

²⁵ *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, 21 de marzo de 2011, párr. 21.

²⁶ *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 64.

²⁷ A modo de ejemplo, los artículos 68 y 69 de dicho Decreto Ley disponen:

“Artículo 68. Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta. En estos delitos no procederá la remisión condicional de la pena.

Lo dispuesto en este artículo no regirá en el caso que el extranjero efectúe la declaración del inciso segundo del artículo 35.

Artículo 69. Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”. Cfr., Decreto Ley N° 1.094, *op. cit.*, nota 23.

25. *El Comité insta al Estado Parte a que examine sus disposiciones legales para asegurarse que todos los trabajadores migratorios, incluidos aquellos que hayan sido sancionados por la autoridad administrativa en relación con una infracción del Decreto Ley N° 1.904, puedan salir libremente del país, salvo que la restricción sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos, de conformidad con el artículo 8 de la Convención*²⁸.

A su vez, resulta fundamental que la futura legislación migratoria en Chile considere los efectos de las deportaciones y/o expulsiones de migrantes irregulares sobre los derechos de los niños. Sobre el particular, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha generado una serie de criterios básicos que los Estados debieran tener en cuenta para respetar la consideración al interés superior del niño en este tipo de decisiones. Entre dichos criterios destacan los siguientes:

- a) Los Estados deben tener en cuenta el principio de no devolución de los niños no acompañados, en virtud del cual los niños solo deben ser repatriados si ello redundaría en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales;
- b) La traducción de ese principio en realidad requeriría la adopción de políticas públicas y el establecimiento de un marco jurídico en el país de origen y en el de destino;
- c) Dicho marco de políticas públicas debe evitar un “enfoque de castigo” y preferir, en cambio, un “enfoque de protección” que se base en el interés superior del niño;
- d) Los Estados deben también considerar la posibilidad de la reunificación en el país de destino;
- e) En el marco de los procedimientos de deportación, los Estados deben aplicar unas garantías procesales “acordes con la edad”, que incluyan, entre otras cosas, los derechos a disponer de un tutor y un representante legal, asistencia jurídica gratuita, acceso a la jurisdicción, a una reparación efectiva, a disponer de un intérprete en caso necesario y a ser oído y, finalmente;

²⁸ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *op. cit.*, nota 1, párrs. 24-25.

- f) Disponer de mecanismos para velar por los derechos y las perspectivas de los niños en los procesos de deportación de sus padres (a causa de su estatus migratorio), especialmente su derecho a ser oídos²⁹.

1.2. **Principio de no privación de libertad de NNA migrantes: evitar las detenciones administrativas y garantizar condiciones adecuadas en el contexto de medidas cautelares**

Como ha indicado el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, las necesidades particulares de protección de los derechos que tienen los niños y niñas migrantes, dada su situación de vulnerabilidad, se visibilizan con especial intensidad en ciertas circunstancias, como es la privación de libertad vinculada a su condición migratoria, la cual puede determinarse por dos vías. Una de ellas es la utilización de la privación de la libertad como sanción por el hecho de haber ingresado a otro país sin autorización o de encontrarse allí sin permiso de residencia o con éste vencido (este tipo de respuestas punitivas a la irregularidad migratoria suele denominarse criminalización de la migración irregular). La segunda causa por la cual se emplea la vía de la privación de libertad de migrantes (en general, y niños/as en particular) es la detención como medida cautelar en el marco de un procedimiento migratorio, por lo general, de expulsión del país³⁰.

²⁹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 56-59 y; Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 6, op. cit.*, nota 12, párrs. 81-90. En este sentido, ver, *Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica, Ley N° 8764, de septiembre de 2009* (en vigencia desde marzo de 2010), artículo 185: "La persona extranjera deportada no podrá reingresar al país por el término de cinco años. El director general, mediante resolución fundada, podrá autorizar, excepcionalmente, el ingreso antes de dicho término, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la presente ley. Las personas menores de edad no serán sujetos de deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés"; *Decreto Ley N° 3/08 de Panamá, del 22 de febrero de 2008*, artículo 66: El Servicio Nacional de Migración, antes de ordenar la deportación, deberá: (...) 6. Procurar que se preserve el interés superior de las personas menores de edad y la unidad familiar y; *Ley de Migraciones de Paraguay, N° 978, del 27 de junio de 1996*, Capítulo V (La cancelación de la permanencia), artículo 35: "La justicia ordinaria: a) Previo a dictar sentencia, podrá intimarles a que dentro de un plazo prudencial regularicen su situación migratoria; y, b) Podrá resolver no cancelar su residencia permanente en razón de su edad avanzada, su estado grave de salud, de que su cónyuge o descendientes en línea recta sean paraguayos y vivan en el país o cuando el cónyuge y los descendientes en línea recta menores de edad o impedidos sean extranjeros con residencia permanente en el país".

³⁰ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, *Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 6 de abril de 2011, p. 5. Esta solicitud de Opinión Consultiva fue firmada por los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En el caso de Chile, si bien no existe una privación de libertad de migrantes como sanción por infracción a la legislación migratoria, sí se hace uso de la medida de detención administrativa, de naturaleza cautelar. Esta cuestión ha sido observada por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que ha señalado:

26. Si bien el Comité toma nota de que los trabajadores migratorios confinados por infringir las leyes sobre migración quedan en régimen de detención administrativa, le preocupa la falta de información recibida sobre la duración y las condiciones de su detención³¹.

Es un principio bien establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que la privación de libertad de toda persona constituye una medida de *ultima ratio* que tiene lugar con independencia de la nomenclatura, naturaleza o modalidad que ella adopte en la práctica. Esto es, sea que la detención tome el nombre de “albergar”, “aprehender”, “alojar”, “asegurar”, “internar”, “cautelar”, etc., lo relevante a efectos de determinar la existencia de una hipótesis de privación de libertad es saber si la persona que se encuentra sujeta a tal medida tiene o no la posibilidad de entrar y salir libremente del lugar donde ha sido alojada³². En este orden de cosas, la detención administrativa o cautelar de NNA migrantes en Chile constituye una hipótesis de privación de libertad de menores de

³¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *op. cit.*, nota 1, párr. 26.

³² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido por privación de libertad: “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas. Cfr., CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009*, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 57 31 diciembre 2009, Original: Español, párr. 143. En el mismo sentido, Regla 11 (b) de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en la Resolución 45/113*, de 14 de diciembre de 1990, que dispone: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

edad que debe ser analizada en conformidad al derecho a la libertad personal del que todo niño es titular³³.

Sobre esta materia, el Comité de los Derechos del Niño ha sido particularmente claro, estableciendo dos principios fundamentales relativos a la privación de libertad de los NNA: 1) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y 2) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente³⁴. De tales principios se siguen una serie de reglas concretas que la legislación migratoria chilena debiera respetar de modo estricto, para cumplir con los estándares internacionales fijados en la materia. Entre tales reglas destacan las siguientes:

- a) Como regla general, y como corolario lógico de los principios de interés superior del niño; de inocencia y; de no penalización de la migración, ningún NNA migrante debiera ser privado de libertad, aun en virtud de una detención administrativa o cautelar.
- b) En virtud de la regla anterior, la legislación debiera contemplar un conjunto de alternativas eficaces para dar cumplimiento a la normativa migratoria, de modo tal de garantizar la no utilización de la medida de privación de libertad de NNA migrantes.
- c) En caso que la detención administrativa o cautelar de NNA migrantes tenga lugar, el Estado debiera garantizar todos y cada uno de los derechos que asisten a los niños privados de libertad, en particular, su derecho a que el plazo de la detención se encuentre limitado

³³ “Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”. *Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit., supra nota 15, art. 37.*

³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 10, 2007, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 79.*

expresamente por la ley; a que su detención sea objeto de examen periódico por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial; a contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada; a permanecer separado de adultos; a permanecer con sus familiares directos y; a que se garanticen sus derechos a la integridad personal, salud, educación, alimentación y vivienda adecuadas.

1.3. *Procedimientos migratorios e infancia: garantizar el debido proceso a los niños migrantes*

Como es bien sabido, en el ámbito migratorio predominan los procesos de tipo administrativo, sin perjuicio de las mayores o menores facultades que cada país otorga a los tribunales de justicia. La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de la OEA ha indicado que en todo procedimiento de carácter no penal a que pueda verse sometido un trabajador migrante debe regir un cierto *quantum* de debido proceso, siendo indispensable que, en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública se adopten solo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades³⁵. Es más, en aquellos casos en que las personas involucradas en el proceso son niños o niñas, se mantiene y refuerza el deber de asegurarles las garantías fundamentales del debido proceso³⁶.

Del mismo modo, cuando los Estados han determinado alguna decisión administrativa que impacta los derechos de los migrantes (sean adultos o niños), a estos últimos les asiste, independientemente de su situación legal en lo que concierne a la migración, el derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley³⁷. Como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el elenco de garantías mínimas del derecho al debido proceso se aplica a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”³⁸. Esto es, los

³⁵ Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, OEA/Ser.L/V/II.111, 16 abril 2001, párr. 95.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva, OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos del Niño*, del 28 de agosto de 2002. párrs. 92-103.

³⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 18/21, Los derechos humanos de los migrantes*, A/HRC/RES/18/21, 17 de octubre de 2011, párr. 6.

³⁸ Cfr., Corte I.D.H., *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr. 148. El énfasis es nuestro. En un sentido similar, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 56/06, Admisibilidad, *caso Wayne Smith c/ Estados Unidos*, 20 de julio de 2006, párr. 51 (refiriéndose a la aplicación del debido proceso a favor de “no ciudadanos”).

NNA migrantes tienen pleno derecho a acceder a las garantías del debido proceso, tanto a nivel administrativo como judicial. A tales garantías generales han de sumarse, a su vez, aquellas garantías específicas, como el derecho a la asistencia consular³⁹, la prohibición de dictar expulsiones colectivas (que obliga al examen individual de la situación de cada persona) y el derecho a contar con la asistencia de un intérprete⁴⁰.

Otro elemento fundamental del debido proceso legal es la posibilidad de contar con asistencia jurídica, en el marco de los procedimientos migratorios en los cuales puede definirse la entrada, la adquisición de un permiso de estancia o la expulsión del país de una persona. Tal como ocurre en otros procedimientos jurídicos, las personas que no pueden pagar los costos de un asesor legal deben tener acceso a un asesoramiento gratuito. En el caso de las personas migrantes, y particularmente de quienes se encuentran en situación migratoria irregular, incluidos los niños y especialmente aquellos no acompañados, la gratuidad es imprescindible⁴¹. Por ello, es necesario que los Estados diseñen e implementen políticas

³⁹ El artículo 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares “tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen [...] en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que hayan dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ratificada por el Estado de Chile con fecha 21 de marzo de 2005.

⁴⁰ A fin de que las garantías de debido proceso, y en particular el derecho a ser oído, se respeten efectivamente, es necesario que el niño cuente con un intérprete o traductor que lo asista, en caso de hablar un idioma distinto al del país en que se encuentra. En este sentido, cfr., artículo 86 de la *Ley de Migraciones de Argentina, Ley N° 25.871*, que dispone: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”. Por su parte, la *Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, de Argentina, Ley N° 26.061*, en el inciso c) del artículo 27 reconoce el derecho “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”. Asimismo, en el caso en que no se contaran con recursos suficientes para afrontar dicha representación, “el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”.

⁴¹ Cfr., *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe: Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, Buenos Aires, 2009, p. 55. Los Estados deben garantizar a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representada por abogados de su elección, o bien por personas idóneas en la materia. Si bien es posible que no sea exigible que el Estado provea defensa profesional gratuita como ocurre en materia penal, ésta sí debiera ofrecerse a aquellas personas que no puedan afrontar su costo, como es el caso de muchos migrantes y, por cierto, el de los niños. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, OEA/Ser/L/V/II.111, 16 abril 2001, párr. 99.

públicas que permitan asegurar el acceso a ese derecho en el marco de los procedimientos migratorios⁴². Finalmente, la verificación de las garantías del debido proceso y de todos los demás derechos de los que los NNA migrantes son titulares, importa la posibilidad formal y material de acceder a un recurso efectivo y a una protección judicial adecuada.

La legislación comparada reconoce diversos recursos dirigidos a cuestionar las decisiones migratorias, plantea opciones variadas en relación con los plazos de presentación de dichos cuestionamientos, siendo éstos en algunos casos de horas y en otros de semanas. Los plazos muy breves corren el riesgo de provocar la pérdida de efectividad de los recursos y, por ende, la imposibilidad de ejercer el derecho. A su vez, la ineficacia de los recursos en esta clase de procesos puede aumentar cuando no existen políticas o mecanismos que provean a las personas migrantes de la información necesaria para interponer los recursos. De hecho, puede darse que la decisión (de no ingreso, por ejemplo) se comunique oralmente y no por escrito, careciendo además de los fundamentos necesarios. También puede ocurrir que la resolución no se notifique fehacientemente a la persona. En estos casos, los recursos pueden resultar inefectivos si las normas prevén plazos breves de apelación, si la resolución no informa por escrito cuáles son los recursos disponibles y cuáles son los plazos para presentarlos⁴³.

⁴² En tal sentido, deben destacarse las medidas impulsadas por la Defensoría General de la Nación de Argentina, que creó distintas comisiones de asistencia a migrantes, refugiados y niños, niñas y adolescentes. Así, mediante resolución DGN N° 1858/08 se creó la “Comisión del Migrante”, destinada a promover la defensa y protección de los derechos de las personas migrantes que habitan el territorio nacional, en especial, en aquellos procedimientos administrativos de expulsión y en procesos judiciales en los que las personas extranjeras fueran imputadas. Por su parte, la DGN, mediante la Resolución DGN N° 1071/07 creó el “Programa para la asistencia y protección del refugiado y solicitante de refugio”, con el objeto de proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo. Si bien el Programa posee un componente de atención a peticionantes de asilo mayores de edad, sus acciones se centran más en las otras dos líneas de acción. Por un lado, la representación legal de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias solicitantes de asilo y refugiados y, por el otro, el acompañamiento de niños, niñas y adolescentes refugiados y peticionantes de asilo. Dicho acompañamiento consiste, básicamente, en tareas de asistencia social mediante un abordaje interdisciplinario. Cfr., *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*, Universidad Nacional de Lanús y UNICEF, Buenos Aires, año 2010, p. 52.

⁴³ Algunas legislaciones establecen expresamente el carácter suspensivo de los recursos, lo cual implica que hasta que la autoridad competente no resuelva el recurso, el Estado no podría ejecutar la decisión (por ejemplo, la expulsión del país); Argentina, Ley N° 25.871, art. 61; Régimen Legal de Migración, Bolivia, art. 20.h; Ley de Migración y Extranjería, Costa Rica, art. 229 (respecto de la expulsión de personas con residencia legal, ya que un recurso contra la deportación de migrantes en situación irregular no puede tener efecto suspensivo); Ley de Migraciones, Paraguay, art. 117; Ley de Migración, Uruguay, art. 53; El Comité de la ONU sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes ha señalado, al examinar la normativa de los países de la región, que entre los requisitos para garantizar un recurso efectivo debe incluirse el derecho a que la decisión de expulsión se suspenda mientras esté pendiente un recurso (Comité sobre la Protección de los Derechos de Todos

1.4. **Vida familiar y procesos migratorios: garantizar el derecho de los NNA migrantes a crecer bajo corresponsabilidad paterna y a no ser separados de sus familias**

El prólogo de la CDN reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, razón por la cual dicha institución social debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad⁴⁴. A su vez, la CDN establece, a lo menos, cuatro artículos que resultan esenciales para la protección efectiva del derecho a la vida familiar: el artículo 3 (interés superior)⁴⁵, el artículo 9 (principio de no separación)⁴⁶, el

los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, El Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, del 4 de febrero de 2009, párrs. 27 y 28).

⁴⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra nota 15*, preámbulo, párr. 6. En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al indicar que dentro de su responsabilidad de asegurar la protección de los niños y niñas, los Estados tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, *op. cit.* nota 36, párr. 66.

⁴⁵ “Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. *Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15*, artículo 3.

⁴⁶ “Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, 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 estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al

artículo 10 (reunificación familiar)⁴⁷ y el artículo 18 (corresponsabilidad paterna)⁴⁸. Tales disposiciones, a su vez, se complementan en materia migratoria por lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁴⁹, disposición especialmente relevante para los derechos de los niños en los contextos migratorios.

niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”. *Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15*, artículo 9.

⁴⁷ “Artículo 10. 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”. *Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15*, artículo 10.

⁴⁸ “Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”. *Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15*, artículo 18.

⁴⁹ “Artículo 44. 1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios.” *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, supra nota 15*, artículo 44.

Como ha observado el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF), son numerosas las medidas que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, y que pueden generar un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. De este modo, decisiones sobre la solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la resolución sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar de los NNA migrantes⁵⁰. En este orden de cosas, resulta fundamental que los Estados observen ciertos criterios especiales para garantizar el derecho de los niños a vivir en familia, entre los que se destacan los siguientes:

a) *El Estado debe otorgar protección preferente al derecho a la vida familiar del niño, en caso de disponerse la expulsión de los padres*

El Estado debe velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, 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 consideración al interés superior del niño⁵¹. Lo anterior importa reconocer el cumplimiento concurrente de a lo menos tres obligaciones precisas: 1) Respetar el principio de unidad familiar como criterio orientador de toda decisión migratoria; 2) Respetar y garantizar el acceso a la justicia –en conformidad con las reglas del debido proceso ya identificadas– para todo migrante respecto del cual se haya decretado la medida de expulsión y; 3) Acreditar que toda decisión administrativa y judicial en materia de expulsión resulta indispensable para garantizar el interés superior del niño migrante, cuestión que importará siempre, y garantizar el derecho del niño migrante a ser oído en dichos procesos.

Tratándose de la legislación migratoria vigente en Chile⁵², y aun cuando ella consagra el derecho a recurrir judicialmente en contra de la medida de expulsión, dicho recurso presenta graves deficiencias a la luz de los estándar

⁵⁰ UNICEF, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 73.

⁵¹ CDN, Art 9. Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 15. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño” y que por ello, “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”. Corte IDH, OC-17/02, *op. cit.*, nota 36, párr. 77.

⁵² “Artículo 84. (Inciso 1º) La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes”.

dares de derechos humanos. En particular, se concede un plazo brevísimo para ejercer el reclamo judicial ante la Corte Suprema, no se garantiza un acceso expedito y de calidad a asistencia jurídica para poder ejercerlo y no se establece la obligación de verificación del interés superior del niño como criterio rector de la decisión final de expulsión. Dichos estándares, en consecuencia, no cumplen con lo dispuesto por la CDN.

En este sentido, se ha pronunciado recientemente el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares respecto de Chile, al indicar que:

28. *Al Comité le preocupan las informaciones que señalan un acceso insuficiente al proceso de interposición de recursos de apelación contra las decisiones de expulsión, como ilustra el hecho de que los trabajadores migratorios disponen de un plazo muy exiguo para interponer recursos de apelación contra las decisiones de expulsión que les afectan.*

29. *El Comité recomienda que el Estado Parte adopte las medidas necesarias para que los trabajadores migratorios tengan oportunidad de interponer recursos de apelación contra las decisiones de expulsión, en particular la ampliación del plazo de presentación de recursos contra las decisiones de expulsión, y para que el marco jurídico que regula los procedimientos de expulsión/deportación se aplique adecuadamente*⁵³.

La necesidad de garantizar a nivel legislativo la protección de la institución familiar, evitando la separación de los niños migrantes de sus padres, constituye un principio progresivamente reconocido por la legislación migratoria más avanzada y de la cual el Estado de Chile debiera beneficiarse en el contexto de la formulación de su nueva ley de migraciones⁵⁴.

“Artículo 89. El extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación.

La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen”.

“Artículo 90. La medida de expulsión deberá ser notificada por escrito al afectado, quien podrá en dicho acto, si ello fuere procedente, manifestar su intención de recurrir en contra de la medida o conformarse con ella. En este último caso, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite.

Transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no ser este procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad a que se refiere el artículo 10 procederá a cumplir la expulsión ordenada”. Cfr., Decreto Ley N° 1.094, *op. cit.*, *supra* nota 23.

⁵³ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *op. cit.*, *supra* nota 1, párrs. 28 y 29.

⁵⁴ En este sentido, por ejemplo, la legislación mexicana (de mayo de 2011) reconoce como principios en los que debe sustentarse la política migratoria del Estado, la unidad familiar e interés superior de

b) El derecho a la reagrupación familiar de niños y niñas migrantes

Las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida familiar, y su inserción en la política migratoria suponen no solo la necesidad de abstenerse de adoptar decisiones que impliquen la separación de los miembros de una familia, sino también la adopción de medidas positivas orientadas a promover y garantizar, en la práctica, la reunión de los niños y niñas migrantes con sus familiares⁵⁵. Es este el sentido central de los artículos 10 de la CDN⁵⁶ y 44.2 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁵⁷, que establecen criterios básicos para promover y respetar la reunificación familiar en aquellos casos en que los niños se encuentran separados de sus familiares.

En particular, el artículo 10 de la CDN consagra la obligación de considerar –de forma positiva, humanitaria y expedita– las solicitudes hechas por los niños o sus padres para entrar o salir de un Estado y no temer

la niña, niño y adolescente, como criterio prioritario de internación y estancia de extranjeros para la residencia temporal o permanente en México, junto con las necesidades laborales y las causas humanitarias, en tanto que la unidad familiar es un elemento sustantivo para la conformación de un sano y productivo tejido social de las comunidades de extranjeros en el país. (artículo 2°). Dicho principio, por su parte, se concreta en la garantía establecida en el artículo 10 de la Ley de Migración, que señala: “Artículo 10. El Estado mexicano garantizará a los migrantes que pretendan ingresar de forma regular al país o que residan en territorio nacional con situación migratoria regular, así como a aquellos que pretendan regularizar su situación migratoria en el país, el derecho a la preservación de la unidad familiar”. Ley de Migración publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, arts. 2 y 10.

⁵⁵ UNICEF, *op. cit.*, supra nota 21, p. 79.

⁵⁶ “Artículo 10. 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”. Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15, artículo 10.

⁵⁷ “Artículo 44. 2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, supra nota 15.

consecuencias negativas por el hecho de formular dichas peticiones. Como es fácil de advertir, tal derecho se torna particularmente relevante a la hora de establecer aquellos criterios que se considerarán como base de la autorización administrativa de entrada o salida del país, con miras a posibilitar la reunificación familiar⁵⁸. Así lo ha entendido el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en sus Observaciones Finales al Estado de Chile, sosteniendo que:

38. *Al Comité le preocupa la información recibida sobre los obstáculos a los que se enfrentan, en la práctica, algunos trabajadores migratorios para hacer valer su derecho a la reunificación familiar, y sobre la falta de un marco jurídico que regule la reunificación familiar.*

39. *El Comité recomienda que el Estado Parte incorpore las disposiciones legales que regulan la reunificación familiar a la ley de migraciones, en consonancia con el artículo 44 de la Convención*⁵⁹.

Al igual que en materia de garantía del derecho a permanecer con sus familiares, el legislador chileno debiera tomar en cuenta algunos cuerpos legales que han avanzado hacia el reconocimiento de garantías precisas del derecho a la reagrupación familiar de los niños migrantes. Entre otros ejemplos, es posible distinguir cláusulas concretas que establecen el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes⁶⁰ y

⁵⁸ En igual sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas resolvió que “todos los gobiernos, en particular los de los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reunificación de la familia y promover su incorporación en la legislación nacional a fin de proteger la unidad de las familias de los migrantes, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos”. Asamblea General, Resolución 59/203, *Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias*, del 23 de marzo de 2005, párr. 2.

⁵⁹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *op. cit., supra nota 1*, párrs. 38 y 39. Este problema ha sido observado también por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), el que ha indicado que “la actual legislación migratoria entiende como grupo familiar del/la trabajador/a migrante el o la cónyuge, y los padres e hijos/as de ambos o uno de ellos. Estas personas, en calidad de dependientes, reciben un permiso de residencia pero no se les permite ejercer actividades remuneradas, lo cual impacta negativamente en las condiciones de vida del grupo familiar en su conjunto, y puede también tener consecuencias en las relaciones de género en la medida que impide la autonomía económica de las mujeres y refuerza su vulnerabilidad ante situaciones de violencia”. A su vez, el INDH considera que “la regulación actual sólo refiere los vínculos establecidos por matrimonio excluyendo las relaciones de convivencia. Aun cuando el Estado informó al Comité que en la práctica la gestión migratoria ha extendido el concepto de familiares a situaciones análogas al matrimonio, la ausencia de disposición explícita en tal sentido deja sujeta su aplicación a la discrecionalidad de los/as funcionarios/as que analizan cada caso”. INDH, *Situación de los Derechos Humanos en Chile (2011)*, p. 206, en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf>

⁶⁰ Cfr., Ley de Migraciones de la República Federal Argentina, N° 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003: “Artículo 3: Son objetivos de la presente ley: d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” y “Artículo 10: El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades

aquellas que reconocen el derecho de los extranjeros residentes a reagrupar con ellos a los familiares en conformidad a criterios, requisitos y procedimientos expresamente establecidos en la ley⁶¹.

1.5. ***El derecho de los niños migrantes a ser inscriptos, a un nombre y adquirir una nacionalidad: evitar la marginalidad y los casos de apatridia***

Según lo dispuesto por el artículo 7 de la CDN, todos los niños y niñas (sin distinción) deben ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento” y tendrán, desde que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad⁶². A su vez, y en conformidad con lo señalado por el artículo 8 del mismo tratado internacional, los Estados se obligan a respetar

diferentes” y; Ley de Migración de la República Oriental del Uruguay, N° 18.250, del 17 de enero de 2008: “Artículo 10: El Estado uruguayo garantizará el derecho de las personas migrantes a la reunificación familiar con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad, de acuerdo al artículo 40 de la Constitución de la República”.

⁶¹ Ley de Extranjería de España, Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre: “Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar. 2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000)” y; “Artículo 17. Familiares reagrupables. 1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009). b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España; c) Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español; d) Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley. 3. () Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración”. Los requisitos, procedimiento y efectos jurídicos de la reagrupación se encuentran, respectivamente, consagrados en los artículos 18, 18 bis y 19 de este cuerpo legal.

⁶² “Artículo 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre⁶³.

Sin perjuicio del reconocimiento de los derechos a la inscripción, el nombre y la nacionalidad, resulta frecuente que los padres migrantes en situación migratoria irregular no registren a sus hijos, pese a que cuando estos nacen tengan derecho por ley a ser registrados y a obtener la nacionalidad en los países de destino. Lo anterior no se debe a que estos padres ignoren la importancia de la inscripción de sus hijos, sino al temor a ser identificados y sancionados por las autoridades de migración. A consecuencia de ello, los niños migrantes se ven expuestos a carecer de una documentación apropiada, lo que se traduce en la vulneración de derechos como la apatridia o la falta de nacionalidad⁶⁴.

En el caso de las niñas y niños hijos de migrantes, la inscripción y el registro de su nacimiento resulta de vital importancia y debe llevarse a cabo independientemente de la condición migratoria de los padres, es decir, se encuentren estos regular o irregularmente en el país. Ello porque la inscripción y el registro del nacimiento, así como la concesión de un nombre, no solo son elementos esenciales para el reconocimiento de la personalidad jurídica sino que constituyen un presupuesto básico e indispensable para el acceso a otros derechos fundamentales, y pueden representar un factor determinante para la integración social y la regularización migratoria de la familia en el país de destino⁶⁵.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. *Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15, artículo 7.*

⁶³ “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. *Convención sobre los Derechos del Niño, supra nota 15, artículo 8.*

⁶⁴ Nadine Perrault y Begoña Arellano, Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, “Un enfoque de derechos para el registro de nacimiento en América Latina y el Caribe,” en *El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe*, Desafíos, Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, CEPAL/ UNICEF, Número 13, noviembre de 2011, ISSN 1816-7535, p. 7.

⁶⁵ UNICEF, *op. cit.*, nota 21, p. 114. Como han indicado la OEA, UNICEF y el Plan Integral para las Américas (PIA), el derecho a la identidad consiste “en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía. Asimismo, es la clave para el acceso y la exigibilidad de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, tales como salud y educación. La ausencia de este derecho genera desigualdad y discriminación, problema grave en las Américas, impidiendo a la persona su actividad e inclusión en los aspectos políticos, económicos y jurídicos de una sociedad democrática. En el caso específico de los niños y niñas, la ausencia de este derecho implica la negación de sus

Del mismo modo que en el caso de la inscripción, registro de nacimiento y concesión de un nombre, el derecho a adquirir una nacionalidad es fundamental para el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por la propia legislación interna⁶⁶. Por ello es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a esta materia, ha señalado que la privación del derecho a la nacionalidad no solo puede derivar en una condición de apatridia del niño, sino también en la afectación del desarrollo de su personalidad y de su derecho a la personalidad jurídica⁶⁷. Esto es, sin perjuicio del carácter regular o irregular de la situación migratoria de los padres, los hijos nacidos en el país de destino tienen el derecho a ser inscriptos al nacer, a recibir un certificado de dicho nacimiento, a un nombre y a la nacionalidad⁶⁸.

A pesar de la plena vigencia de estos estándares a nivel internacional, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, siguiendo la preocupación ya manifestada por el Comité de los Derechos del Niño el año 2007⁶⁹, ha llamado la atención sobre las dificultades que experimentan los niños migrantes en situación irregular en Chile, para el pleno ejercicio de estos derechos. Así, el Comité ha observado que:

32. El Comité nota que los hijos/as de padres extranjeros que se encuentran en situación irregular, son inscritos en el registro oficial con la leyenda “hijo/a de extranjeros en tránsito” y que tienen derecho a optar

derechos humanos y puede producir una cadena de violaciones, desde la negación de la matrícula escolar hasta la explotación sexual. El reconocimiento del derecho a la identidad, a través del registro del nacimiento, implica la incorporación del niño como sujeto de derecho dentro de un Estado”. Cfr., OEA, UNICEF y PIA (Plan Integral para las Américas), *Documento Conceptual, presentado en la Conferencia Regional Latinoamericana sobre Derecho a la Identidad y Registro Universal del Nacimiento*, Asunción, 28-30 agosto de 2007, p. 1.

⁶⁶ Además de lo dispuesto en el artículo 7 de la CDN, el derecho a la nacionalidad se encuentra reconocido en los artículos 14 y 15, respectivamente, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶⁷ El estatus migratorio de una persona, en palabras de la Corte Interamericana, “no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”. Cfr., Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrs. 156, 167, 175-178.

⁶⁸ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales, Egipto, CMW/C/EGY/CO/1, 25 de mayo de 2007, párrs. 35-36.

⁶⁹ “63. () Aunque el Comité acoge con satisfacción las enmiendas a la Constitución que procuran eliminar la situación de apatridia de los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, no deja de preocuparle que los hijos de extranjeros sin residencia legal en Chile sigan expuestos a la apatridia”, Cfr., *supra nota 2*.

por la nacionalidad chilena dentro del período de un año inmediatamente después de haber cumplido 21 años de edad. Sin embargo, le preocupan los casos de los hijos/as de extranjeros que se encuentran en situación irregular en el territorio chileno y que no cuentan con una nacionalidad.

33. *El Comité alienta al Estado Parte a conceder la nacionalidad a los niños nacidos en Chile de padres en situación irregular, cuando estos no les puedan transmitir su propia nacionalidad. También alienta al Estado parte a que se adhiera a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961⁷⁰.*

Tratándose de la regulación del derecho a la nacionalidad, la Constitución Política de la República de Chile reconoce tanto los principios de *ius solis* (en conformidad al cual es considerado chileno el que nace en Chile) como el principio de *ius sanguini* (que establece que es chileno el hijo de chilenos). Tratándose del primer principio, la Constitución Política dispone, a su vez, que las personas que nacen en territorio nacional son chilenas, a excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y los *hijos de extranjeros transeúntes*⁷¹.

Sin perjuicio del sentido y alcance de la expresión “transeúnte”, las autoridades migratorias han aplicado esta disposición a la descendencia nacida en Chile de padres en situación migratoria irregular. De este modo y, salvo que el país de origen les otorgue una nacionalidad, estos niños y niñas migrantes se convierten en apátridas⁷². Lo anterior ha sido rechazado tanto por la Contraloría General de la República⁷³, como por la propia Corte

⁷⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Cfr., *op. cit.*, *supra nota 1*, párrs. 32-33.

⁷¹ “Artículo 10. Son chilenos:

1º. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2º. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero.

Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º o 4º;” Constitución Política de la República de Chile, artículo 10, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

⁷² INDH, *Situación de los Derechos Humanos en Chile (2011)*, p. 206, en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf> Para una descripción de casos concretos que ejemplifican esta interpretación de la expresión “extranjero transeúnte” por parte de la autoridad migratoria.

⁷³ “(...) en el caso particular de la inscripción del nacimiento de hijos de extranjeros que no permanecen legalmente en el país, inciden otros elementos que deben considerarse: la Constitución establece en su art/1 incisos 2 y final, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento, y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Por otra parte, debe tenerse presente que tales hijos de extranjeros, que podrían llegar a ser chilenos acorde a lo citado en el art/10 núm./1 de la ley superior, carecen de responsabilidad por la situación ilegal de sus

Suprema de Chile⁷⁴, siendo necesario resolver esta cuestión, de modo inequívoco, en una próxima legislación migratoria. El principio central en esta materia, como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que “para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito”⁷⁵.

2. Derechos económicos, sociales y culturales de los niños migrantes

Como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, al ser portadores de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y la propia Constitución Política de la República de Chile, los NNA migrantes son titulares de *todos* los derechos que se reconocen a la persona humana. Esto es, con plena independencia de su estatus migratorio (regular o irregular) o de su nacionalidad, los niños migrantes gozan del catálogo general de derechos humanos que el Estado de Chile se ha obligado a respetar y garantizar. Entre dichas obligaciones se encuentran las orientadas a respetar, proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) de todos los niños, en conformidad a lo dispuesto por la Constitución Política de la República (incluidos los reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes)⁷⁶

padres”. Contraloría General de la República, *Dictamen 6197, del 17 de febrero de 1998*, citado en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, UDP (2009), Santiago de Chile, p. 261.

⁷⁴ La Corte Suprema ha considerado que toda vez que el término “transeúnte” no se encuentra definido en la ley, éste debiera entenderse en su sentido natural y obvio, tal y como dispone el artículo 20 del Código Civil. Al seguir esta interpretación natural del término, la Corte ha acogido reclamaciones en las que rechaza la calificación administrativa de “transeúnte” en casos de personas que, evidentemente, no se encuentran de paso. Con ello, los derechos a la nacionalidad de los hijos de esos extranjeros han pasado a ser respetados en conformidad a lo dispuesto por el artículo 10, N°1, de la Constitución Política de la República. Cfr., Corte Suprema, *Helvi Nestares Alcántara con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y otro, Rol 6073-2009, 28 de diciembre de 2009*. Una presentación de este caso en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, UDP (2010), Santiago de Chile, p. 247.

⁷⁵ Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, ver *supra nota 67*, párr. 157. En un mismo sentido, respecto de la utilización arbitraria de los términos “transeúnte” o “en tránsito”, cfr., Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, *Observaciones Finales, República Dominicana*, CERD/C/DOM/CO/12, del 16 de mayo de 2008, párr. 14.

⁷⁶ Cfr., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado de Chile con fecha 2 de febrero de 1972 y Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, *nota 15*.

y aquellos derechos que se han ido precisando por medio de la legislación ordinaria⁷⁷.

De lo anterior se sigue que el Estado de Chile tiene, a lo menos, tres obligaciones específicas para la protección de los DESC de los niños migrantes⁷⁸. En primer lugar, la obligación de *respetar* los DESC importa el cumplimiento de una obligación de carácter negativo, en virtud de la cual el Estado se compromete a no dañar los DESC de los niños migrantes, por ejemplo, a través de actos de discriminación que importen la privación de alguno de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la legislación interna⁷⁹. En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de *proteger* los DESC de los niños migrantes, adoptando al efecto, medidas legislativas o de otra índole, destinadas a impedir que terceros –particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre– menoscaben en modo alguno el disfrute de un DESC de los niños⁸⁰. En tercer lugar, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para *cumplir* con plena efectividad el derecho a los DESC de los niños migrantes. Esta última obligación, a su vez, se divide en tres subobligaciones específicas: *Facilitar* (que exige adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los niños migrantes, sus familias y comunidades a ejercer los

⁷⁷ Cfr., entre otras, Ley N° 19.585, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, eliminando la discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos; la Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar; la Ley N° 20.086, la reforma constitucional que amplió la gratuidad del derecho a la educación a la enseñanza media, la creación de la jornada escolar completa y la dictación de la Ley N° 20.370 (Ley General de Educación), que refuerza los principios de gratuidad y calidad de la educación; la Ley N° 20.379, que crea el Sistema de Protección Integral a la Infancia *Chile Crece Contigo*, el que busca acompañar, proteger y apoyar integralmente a todos los niños y niñas (desde su gestación a los 4 años de edad) y sus familias; la Ley N° 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el Permiso Postnatal Parental, permitiendo una extensión íntegra del descanso por maternidad a 24 semanas.

⁷⁸ Para una presentación sucinta sobre las principales características, contenido normativo y obligaciones asociadas a los derechos sociales ver, Nicolás Espejo Yaksic, “Los derechos económicos, sociales y culturales: Consagración, contenido y justiciabilidad”, en N. Espejo Y. (autor), Lidia Casas, Mayra Feddersen y Anuar Quesille (colaboradores), *Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*, Oxfam, RIJ, UDP, Santiago de Chile, 2009, pp. 25-49. Cfr., también, Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, School of Human Rights Research Series, 2003, Volume 18 y; Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Comité DESC”), *Observación general N° 3*, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 1; *Observación general N° 14*, párr. 33 y; *Observación general N° 15*, párr. 21.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 172.

DESC); *Promover* (que impone al Estado la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca de los DESC de los niños migrantes) y; *Garantizar* (que implica el deber de hacer efectivos los DESC en aquellos casos en que los niños migrantes o sus familias no estén en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos esos derechos con los medios a su disposición)⁸¹.

2.1. ***El derecho a la salud de los niños migrantes: garantizar su acceso efectivo y sin discriminación***

El derecho a la salud puede ser definido como aquella pretensión jurídica orientada a obtener no solo el acceso a un rango de facilidades, bienes y servicios (incluyendo los servicios de salud) en favor de una determinada persona o grupo de personas. En cuanto derecho humano, el derecho a la salud incluye también la generación de aquellas condiciones necesarias para el logro y mantenimiento de la salud, tales como: la alimentación y vivienda adecuadas, el agua de calidad, la sanidad, la existencia de condiciones laborales sanas y el acceso a un ambiente sano⁸². En particular, garantizar el derecho a la salud de los niños migrantes implica el deber del Estado de satisfacer a lo menos cuatro dimensiones normativas precisas: 1) *Disponibilidad*: Contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, en base a un criterio de progresividad⁸³; 2) *Accesibilidad*: Garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado⁸⁴; c) *Aceptabilidad*: Evitar una aplicación no dife-

⁸¹ Comité DESC, *Observación general N° 14*, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E.C./12/2000/4, 11 de agosto de 2000; párr. 33 y; *Observación general N° 15*: “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E.C./12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrs. 25-29.

⁸² Cfr., Nicolás Espejo Y. *et al.*, *op. cit.*, nota 78, p. 51. Así interpretado, el derecho a la salud se encuentra reconocido directamente en diversos instrumentos y documentos internacionales de carácter universal. Entre otros, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 12 del PIDESC, el artículo 5 de la CERD, el artículo 12 de la CEDAW, el artículo 24 de la CDN, el artículo 25 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y el artículo 28 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, contemplan diversas disposiciones legales directamente orientadas al reconocimiento del derecho a la salud. Al mismo tiempo, diversos instrumentos regionales también abordan directamente la consagración del derecho a la salud. Ejemplo de lo anterior constituyen los artículos 11 y 13 de la Carta Social Europea, el artículo 16 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸³ Comité DESC, *Observación general N° 14*, *op. cit.*, *supra* nota 81, párrafo 12a).

⁸⁴ La “accesibilidad” al derecho a la salud incluye, a su vez, cuatro elementos: a) no discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los

renciada o indebidamente insensible a la particular posición y necesidades de ciertos grupos al interior de la sociedad⁸⁵ y; d) *Calidad*: Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad⁸⁶.

El Estado de Chile ha adoptado una serie de medidas, principalmente administrativas y no de rango legal, con el objeto de avanzar hacia niveles progresivamente equitativos en el acceso a la atención sanitaria para niños migrantes (y solicitantes de asilo y refugiados)⁸⁷. Entre esas medidas destacan: a) Oficio Circular N° 6.232 de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración, que tiene como objetivo favorecer la inscripción a consultorios para las mujeres extranjeras embarazadas que estén en situación migratoria irregular, protegiendo a los niños desde su período

sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; b) accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso, en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades; c) accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos y; d) acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad. Comité DESC, *Observación general N° 14, op. cit., supra nota 81, párr. 12b*).

⁸⁵ Lo anterior se manifiesta imponiéndosele a los Estados la obligación de garantizar que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida. Al mismo tiempo, la dimensión de aceptabilidad del derecho a la salud implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. Comité DESC, *Observación general N° 14, op. cit., supra nota 81, párr. 12c*).

⁸⁶ Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas. Comité DESC, *Observación general N° 14, op. cit., supra nota 81, párr. 12d*).

⁸⁷ Para una presentación en detalle de las diversas medidas adoptadas por el Estado de Chile en materia de salud de niños migrantes, solicitantes de asilo y refugiados véase, en este mismo libro, Margarita Becerra L. y Laura Altimir C., “El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental”, capítulo 6.

de gestación⁸⁸; b) Ordinario N° 2.284⁸⁹ de 2007, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, que busca garantizar el derecho a la salud en igualdad de condiciones para extranjeros y refugiados con situación regularizada, el derecho a inscripción en FONASA para aquellos con permiso de residencia en el país, el derecho de los extranjeros en condición migratoria irregular, a atención en servicios de urgencia en los establecimientos de la red asistencial de los Servicios de Salud, o bien, a atenderse de forma privada, y el derecho de refugiados y solicitantes de refugio para acceder a la salud en igualdad de condiciones, aun cuando no se describe de qué manera se da el acceso, si de manera privada y/o por medio de la inserción a la red de salud pública; c) Convenio de Colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud de 2007, el cual especifica que otorga atención de salud –en los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud– a los niños, niñas y adolescentes extranjeros, menores de 18 años, cualquiera sea su situación migratoria de permanencia en Chile, la de sus padres, tutores o representantes legales⁹⁰; d) Resolución Exenta de septiembre de 2008, del Ministerio de Salud, que estipula la constitución del grupo de trabajo en Salud de Inmigrantes y Refugiados del Ministerio de Salud (SIR – MINSAL), cuyo objetivo es asesorar técnicamente las decisiones del Ministerio de Salud en materia de salud de inmigrantes y refugiados, incluida la población infantil; e) Instructivo Presidencial sobre Política Migratoria de 2008, con el objetivo de instruir a los distintos órganos de la administración del Estado en materia de política migratoria, su incorporación en programas actuales y por desarrollar y estipulando ejes de acción gubernamental en torno a la integración y la no-discriminación⁹¹; f) Ordinario N° 2.551 de 2009, del Ministerio de Salud, en el que se estipula que los inmigrantes con credencial FONASA

⁸⁸ Oficio dirigido al Intendente de la Región Metropolitana y a los Gobernadores Provinciales, especificando el derecho de acceso a la red de atención primaria, “ a aquellas extranjeras que se encuentran en situación de irregularidad, y que se encuentran en estado de gravidez, con el objeto que puedan inscribirse en los consultorios correspondientes a su domicilio, facilitando así el control y seguimiento de sus embarazos”.

⁸⁹ Ordinario dirigido a los Directores de Servicios de Salud, en el que estipula que la iniciativa se gestó en función de un terremoto ocurrido en Perú para la atención a ciudadanos peruanos residentes en Chile y posibles indocumentados.

⁹⁰ <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/71821af88f8dfda7e04001011f0164f3.pdf>, visitado el 13 de diciembre 2011.

⁹¹ La Política Nacional Migratoria posee principios orientadores inspirados en la Declaración de los Derechos Humanos en los que se incluye un acápite referente a la salud. “ 2) la salud, donde no se podrá en ningún caso denegar prestaciones de salud a los extranjeros que lo requieran, de acuerdo con su situación previsional ” (Instructivo Presidencial 02 de septiembre de 2008, p. 4). Asimismo, se explicita la promoción de acciones para evitar y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. Si bien, no están explicitados tanto el tráfico ilícito como la trata de niños y niñas, este apartado los incluye en tanto son personas migrantes. En referencia a la situación de personas

y permiso de residencia en trámite mantienen los beneficios en salud aun con la cédula de identidad caducada y; g) la Ley N° 20.430 de 2010 (Establece disposiciones sobre protección de refugiados), que en su artículo 13 reconoce el derecho de acceso a la salud y en su artículo 32, aspectos operativos de su aplicación⁹².

A pesar de estos avances, los niños migrantes en Chile siguen experimentando dificultades para acceder efectivamente a las prestaciones sanitarias del Estado. Como ha indicado el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su Informe de Observaciones finales al Estado de Chile:

30. Si bien el Comité acoge con satisfacción la publicación del *Oficio Ordinario N° 3.229 del Ministerio de Salud, de 11 de junio de 2008, sobre la atención médica de urgencia de los inmigrantes en situación irregular y el acceso de las inmigrantes embarazadas y los niños inmigrantes en situación irregular a la atención de la salud, sigue preocupado por la información recibida sobre la insuficiente aplicación de este oficio ordinario, así como sobre el desconocimiento del personal sanitario de los derechos de los trabajadores migratorios en materia de acceso a la salud.*

31. *El Comité recomienda que el Estado Parte vele por la aplicación eficaz del Oficio Ordinario N° 3.229, de 11 de junio de 2008, sobre el acceso a atención de la salud por los trabajadores migratorios, en particular dando a conocer sus disposiciones al personal de salud y estableciendo un mecanismo para la vigilancia de la aplicación del oficio ordinario*⁹³.

Como señalan en esta misma publicación Becerra y Altimir⁹⁴, las iniciativas adoptadas por el Estado la última década constituyen un avance fundamental desde la perspectiva de los derechos. Sin embargo, y aunque formalmente se han ido fijando estándares de protección del derecho a la salud para los niños y niñas migrantes, las prácticas y supuestos institu-

refugiadas, se expresa la necesidad de proponer una nueva Ley de Refugio, lo que resulta crítico para el abordaje en salud de los NNA refugiados.

⁹² Texto íntegro de la Ley N° 20.430 en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7733>, visitado el 09 de noviembre de 2011.

⁹³ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *op. cit.*, *supra nota 1*, párrs. 30-31.

⁹⁴ Becerra y Altimir, *op. cit.*, *nota 87*. Cfr., en este mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó el año 2007 al Estado de Chile que: “c) Vele por que se garantice a los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes, la tramitación expedita de sus documentos de registro e identidad y por que durante ese período no se vean privados de acceso a los servicios de salud y educación”; Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, *supra nota 2*, párr. 64.

cionales han dificultado el cumplimiento efectivo de estos derechos. Entre tales trabas al ejercicio efectivo del derecho a la salud de los NNA migrantes, destacan la falta de difusión y capacitación sobre los estándares de derecho a la salud de los niños migrantes, la fragmentación de entidades encargadas de implementar los estándares fijados (lo que se traduce, según las autoras, en procedimientos engorrosos y desarticulados) y los problemas derivados de un sistema de salud que está estructurado de manera tal que las atenciones no asociadas a un RUN (rol único nacional) no pueden ser registradas, por lo tanto, no son financiadas por el Estado⁹⁵.

En razón de las consideraciones anteriores, resulta fundamental que la legislación migratoria chilena avance en materia de respeto, garantía y cumplimiento del derecho a la salud de los niños migrantes en, a lo menos, los siguientes sentidos: 1) Reconocer los derechos y garantías de acceso efectivo al derecho a la salud de los NNA migrantes, en un solo marco legislativo integrado (y no disperso en una serie de normas, instructivos y otras disposiciones de naturaleza administrativa)⁹⁶; 2) Establecer

⁹⁵ Lo anterior suele ser resuelto de manera discrecional por los funcionarios o profesionales de los centros de salud que reciben a los NNA migrantes, por ejemplo, a través de la creación de “RUN o RUT ficticio”, que permite que estos usuarios sean atendidos con financiamiento asociado.

⁹⁶ Algunas buenas prácticas legislativas en esta materia se pueden encontrar en las legislaciones argentina, española, mexicana y uruguaya. Cfr., Argentina: “Artículo 8. No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”. Ley de Migraciones de la República Federal Argentina, No. 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, artículo 8; España: “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009). 1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto, Ley de Extranjería de España, Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre, artículo 12; México: “Artículo 8. Los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. Los migrantes, independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida. En la prestación de servicios educativos y médicos, ningún acto administrativo establecerá restricciones al extranjero, mayores a las establecidas de manera general para los mexicanos”. Ley de Migración publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, artículo 8 y; Uruguay: artículo 9. La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud. Las autoridades de dichos centros

órganos y protocolos que permitan verificar la aplicación efectiva, en base a indicadores técnicos, tanto a nivel nacional como municipal, de los derechos y garantías de acceso a prestaciones sanitarias aceptables y de calidad para los niños migrantes y sus familiares; 3) Reconocer, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 12 de la CDN, el derecho de los niños migrantes a expresar su opinión libremente en todo procedimiento sanitario y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones; 4) Garantizar, en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 17 de la CDN, que los NNA migrantes tengan acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental; 5) Respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad de los NNA migrantes, incluso en lo que dice relación con el asesoramiento y las consultas sobre cuestiones de salud (Art. 16 de la CDN)⁹⁷.

2.2. ***El derecho a la educación de los niños migrantes: garantizar el acceso efectivo y la permanencia en un sistema educacional de calidad y sin discriminación***

El derecho a la educación es aquella pretensión jurídica formulada en términos de un derecho fundamental universal, orientada a la satisfacción, gratuita en ciertos casos, de niveles adecuados de instrucción o educación, en un contexto de plena garantía de los demás derechos fundamentales de los que una persona es titular⁹⁸. Más específicamente, para que la educación cumpla con aquellas condiciones mínimas para que se le considere

implementarán los servicios necesarios para brindar a las personas migrantes la información que posibilite su regularización en el país, Ley de Migración de la República Oriental del Uruguay, N° 18.250, del 17 de enero de 2008, artículo 8.

⁹⁷ Cfr., Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 4* (2003), *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 11.

⁹⁸ Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito, “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”, en Luis Eduardo Pérez Murcia, César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, DeJusticia, IDEP, Colección Ensayos y Propuestas N° 3, Bogotá, Colombia, 2007, pp. 46-47. Así concebido, el derecho a la educación se encuentra consagrado, entre otras disposiciones internacionales, por lo prescrito por el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 5° de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; los artículos 28 y 29 de la CDN; el artículo 2° de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza y; el artículo 13 del Protocolo Facultativo o Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo

como derecho fundamental, los Estados deben garantizar que ella cumpla con las siguientes características: a) *Disponibilidad*: que existan instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente; b) *Accesibilidad*: que las instituciones y programas de enseñanza garanticen la no discriminación en el acceso para todos, especialmente para los grupos vulnerables de hecho y de derecho; que la educación sea asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica o por medio de la tecnología y; que la educación sea económicamente accesible para todos, gratuita a nivel primario y progresivamente gratuita a nivel secundario y superior; c) *Aceptabilidad*: que los programas de estudio y los métodos pedagógicos sean adecuados culturalmente y de buena calidad y; d) *Adaptabilidad*: que la educación posea la flexibilidad necesaria para satisfacer las necesidades de sociedades y comunidades diversas y en evolución⁹⁹.

A su vez, y como señalan Contreras, Cortés y Fabio, desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Art. 12) y los artículos 28 y 29 de la CDN, la educación, a su vez, tiene por propósito: asistir a los niños y niñas en el desarrollo de sus talentos personales, y sus capacidades físicas y mentales hasta el máximo de sus posibilidades; desarrollar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; enseñar el respeto a sus padres, y a su propia identidad cultural y para con civilizaciones distintas a la suya; preparar para asumir una vida responsable en una sociedad libre, en espíritu de comprensión, paz, tolerancia, equidad de género, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos¹⁰⁰.

A pesar de la importancia fundamental del derecho a la educación, los NNA migrantes (y también los niños solicitantes de asilo y refugiados), experimentan diversas barreras de acceso, en igualdad de condiciones, para el ejercicio de este derecho. Entre las diversas causas que afectan el derecho a la educación de los NNA migrantes destacan: a) un riesgo mucho mayor de marginación con respecto a los sistemas y oportunidades educativos en comparación con los alumnos nacionales; b) respuestas pedagógicas insuficientes para la formación en el idioma del país anfitrión

de San Salvador). Para un análisis sobre el contenido del derecho a la educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ver, N. Espejo Y. *et al.*, *op. cit.*, nota 78, pp. 109-161.

⁹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 13: "El derecho a la educación"*, adoptada en el 21° periodo de Sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10, párr. 6 a), b), c) y d).

¹⁰⁰ Daniel Contreras, Soledad Cortés y Candy Fabio, "Niños, niñas y adolescentes migrantes y su derecho a la educación en Chile", capítulo 7 de este libro.

junto con la conservación de la lengua materna; c) insuficiente calidad y pertinencia cultural en el perfil de los educadores; d) procesos y sistemas de acreditación de educación formal e informal deficientes; e) ausencia de programas de educación continua para la población migrante y refugiada; f) prácticas culturales como el matrimonio y el embarazo precoz y las distintas expectativas culturales que obligan a las niñas y a las mujeres a participar en el cuidado de los niños y las labores domésticas y; g) invisibilidad de los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo con discapacidades, entre otras¹⁰¹.

En el caso de Chile, se han adoptado distintas medidas para asegurar el acceso a la educación de niños migrantes y refugiados: 1) Oficio Circular N° 6.232 de mayo 2003, del Departamento de Extranjería y Migración y Oficio ORD N° 07/1008(1531) de agosto 2005, del Ministro de Educación, en virtud de los cuales se facilita y promueve la incorporación a los diversos establecimientos de educación general básica y media a todos los hijos de migrantes que residen en Chile; 2) Resolución Exenta N° 6.677 de noviembre 2007, de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), en virtud de la cual se busca facilitar el ingreso a programas de educación parvularia, a hijos e hijas menores de 5 años de mujeres inmigrantes o refugiadas, independiente de la condición migratoria en que niños y niñas se encuentren¹⁰².

Sin perjuicio de la importancia de estas disposiciones administrativas, al igual que lo que ocurre con el acceso al derecho a la salud, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha observado dificultades en el ejercicio del derecho a la educación de los niños migrantes. Al respecto ha indicado que:

34. El Comité celebra la publicación del Oficio Ordinario N° 07/1008 (1531), de 2005 del Ministerio de Educación, sobre el ingreso y la permanencia de los niños inmigrantes en situación irregular en los establecimientos escolares pero sigue preocupado por la información recibida sobre ciertos casos de niños inmigrantes en situación irregular que no reciben sus diplomas, por no haber logrado presentar los documentos requeridos, y cuyas notas y títulos no se incorporan al sistema nacional

¹⁰¹ *El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo*, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz, A/HRC/14/25, 16 de abril de 2010, párrs. 34 a 71.

¹⁰² Una sistematización de estas disposiciones en: <http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/Convenios%20Sectoriales.pdf>, visitado el 04 de enero de 2012.

de registro, así como sobre ciertas escuelas que se niegan a inscribir a los niños migrantes que no han regularizado su situación migratoria.

35. *El Comité recomienda que el Estado Parte vele por la aplicación efectiva del Oficio Ordinario N° 07/1008 (1531), de 2005, sobre el ingreso y la permanencia de los niños inmigrantes en situación irregular en los establecimientos escolares, en particular dándolo a conocer en todas las instituciones educativas y estableciendo un mecanismo para vigilar su aplicación*¹⁰³.

Las dificultades identificadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares denotan la necesidad de reforzar los mecanismos de garantía del derecho a la educación de los niños/as migrantes en Chile. Dicho reforzamiento resulta fundamental para superar las dificultades que los NNA migrantes enfrentan en ciertas áreas críticas, entre las que destacan: 1) *Acceso a la educación*: mientras el proceso de inmigración de familias con altos ingresos cuenta con una serie de facilitadores que repercuten en que la búsqueda y acceso a colegios sean más bien sencillos, en el caso de las familias inmigrantes de bajos recursos el proceso se ve limitado fundamentalmente por falta de información y recursos, los que a su vez restringen la búsqueda y posibilidad de elección del establecimiento educacional al cual pueden acceder sus hijos e hijas; 2) *Permanencia en el sistema educacional*: materia en la que los NNA migrantes enfrentan dos tipos de obstáculos: a) los asociados al no acceso a beneficios estudiantiles y a los que niños pobres nacionales acceden sin mayor dificultad y b) los derivados de la imposibilidad de certificar sus avances y progresos en el sistema escolar, al no contar con una matrícula definitiva; 3) *Calidad de la educación*: los niños y niñas migrantes en el sistema escolar chileno asisten a escuelas que sistemáticamente ofrecen menos oportunidades para un progreso escolar adecuado y cuyos desempeños en el Sistema de Medición de Calidad de la Educación (SIMCE), si bien pudieran ser explicados principalmente por la condición socioeconómica de sus alumnos, constituyen escuelas signadas por un mayor retiro y repitencia; 4) *Respeto y buen trato*: si bien los NNA chilenos están progresivamente valorando como adecuada la no discriminación, esta valoración general queda tensionada cuando la experiencia escolar cotidiana implica convivir con estudiantes inmigrantes. Esto es, la valoración

¹⁰³ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *op. cit.*, nota 1, párrs. 34-35.

de la no discriminación es declarativamente fuerte pero no es una práctica en los escenarios de convivencia concretos¹⁰⁴.

De lo anterior se sigue la necesidad de reforzar la garantía efectiva del derecho a la educación de los niños y niñas migrantes, en varios sentidos: 1) Reconocer los derechos y garantías de acceso efectivo al derecho a la educación de los NNA migrantes, en un solo marco legislativo integrado (y no disperso en una serie de normas, instructivos y otras disposiciones de naturaleza administrativa)¹⁰⁵; 2) Establecer órganos y protocolos que permitan verificar la aplicación efectiva, en base a indicadores técnicos, tanto a nivel nacional como municipal, de los derechos y garantías de acceso a educación de calidad para los NNA migrantes; 3) Reconocer mecanismos y procedimientos de denuncia efectivos, tanto a nivel administrativo como jurisdiccional, para la protección del derecho a la

¹⁰⁴ Para una presentación detallada de estas cuatro dimensiones de desventaja o discriminación en el derecho a la educación entre NNA chilenos y NNA migrantes, ver, en esta misma publicación, Daniel Contreras, Soledad Cortés y Candy Fabio, *op. cit.*, *supra* nota 100.

¹⁰⁵ Algunas buenas prácticas legislativas en esta materia se pueden encontrar en las legislaciones argentina, española, mexicana y uruguaya. Cfr., Argentina: “Artículo 7. En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”, Ley de Migraciones de la República Federal Argentina, N° 25.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, artículo 7; España: “Artículo 9. Derecho a la educación. 1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización. 2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. 3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social”, Ley de Extranjería de España, Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre, artículo 9; México: “Artículo 8. Los migrantes podrán acceder a los servicios educativos provistos por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. En la prestación de servicios educativos y médicos, ningún acto administrativo establecerá restricciones al extranjero, mayores a las establecidas de manera general para los mexicanos”, Ley de Migración publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, Artículo 9 y; Uruguay: “Artículo 11. Los hijos de las personas migrantes gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales. El acceso de los hijos de trabajadores migrantes a las instituciones de enseñanza pública o privada no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular de los padres.”, Ley de Migración de la República Oriental del Uruguay, N° 18.250, del 17 de enero de 2008, artículo 11.

educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes en aquellos casos en que sufran una violación a sus derechos y; 4) Promover una política de formación en convivencia escolar inclusiva, que permita fortalecer las capacidades de los niños y niñas chilenos y del personal educativo, para superar prejuicios y prácticas discriminatorias, desarrollar el respeto por la diversidad cultural y consolidar la inclusión social de los NNA migrantes.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES EN MATERIA DE LEGISLACIÓN MIGRATORIA

En este capítulo se han destacado algunos de los principales estándares de derechos humanos que el Estado de Chile debiera considerar para la reformulación de su legislación migratoria, de un modo compatible con lo dispuesto por la CDN. A su vez, hemos procurado llamar la atención respecto de algunos de los principales avances y dificultades observadas en el goce efectivo de los derechos de los NNA, tanto en su dimensión civil y política, como económica, social y cultural. En este sentido, una de las conclusiones centrales de esta revisión es que el Estado de Chile debiera reforzar la protección legal de los derechos de los NNA migrantes, generando estándares legales precisos, verificables en base a políticas y procesos de seguimiento y en los que el interés superior del niño sea el centro de la acción estatal.

En particular, se destacan las siguientes recomendaciones en materia de reforma de la legislación migratoria:

1. Toda propuesta de reforma debiera consagrar expresamente los principios de *no-discriminación* y de *interés superior de los NNA migrantes* como guía principal de las decisiones que adopte toda autoridad migratoria, policial, educacional, de salud y jurisdiccional y que pueda tener un impacto en los derechos de estos niños, niñas y adolescentes;
2. Junto con el principio del interés superior del niño migrante, la legislación migratoria debiera reconocer expresamente los principios de no-penalización, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, corresponsabilidad paterna y reunificación familiar, aplicable a todo NNA migrante;
3. En materia de infracciones a la legislación migratoria, la ley debiera evitar la penalización o criminalización de la migración irregular, debido a los graves impactos que ella genera en los NNA migrantes. Siempre debieran preferirse medidas administrativas orientadas a la regulación de los flujos migratorios y a la regularización de la migración irregular;

4. En materia de expulsiones y deportaciones, la legislación migratoria debiera respetar el principio de no devolución de los niños/as no acompañados, en virtud del cual los niños/as solo deben ser repatriados si ello redundaría en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales;
5. A su vez, en el marco de los procedimientos de deportación, la legislación migratoria debiera asegurar garantías procesales “acordes con la edad”, que incluyeran, entre otras cosas, los derechos de los NNA migrantes a asistencia consular, disponer de un tutor y un representante legal, asistencia jurídica gratuita, acceso a la jurisdicción, a una reparación efectiva, a disponer de un intérprete en caso que sea necesario y, en particular, a ser oído en toda decisión que lo afecte;
6. Se debiera prohibir expresamente la privación de libertad de los NNA migrantes, sea que dicha medida sea adoptada como sanción a la legislación migratoria o como medida administrativa de tipo cautelar. En caso que dicha privación de libertad tenga lugar, se debiera garantizar en particular, su derecho a que el plazo de la detención se encuentre limitado expresamente por la ley; a que su detención sea objeto de examen periódico por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial; a contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada; a permanecer separado de adultos; a permanecer con sus familiares directos y a que se garanticen sus derechos a la integridad personal, salud, educación, alimentación y vivienda adecuadas;
7. La legislación migratoria debiera garantizar el derecho de todos los NNA migrantes a crecer bajo corresponsabilidad paterna y a no ser separados de sus familias. De lo anterior se sigue que la ley debe reconocer el principio de unidad familiar como criterio orientador de toda decisión migratoria; respetar y garantizar el acceso a la justicia –en conformidad con las reglas del debido proceso– para todo migrante respecto del cual se haya decretado la medida de expulsión y; acreditar que toda decisión administrativa y judicial en materia de expulsión resulta indispensable para garantizar el interés superior del niño migrante, cuestión que importará siempre, y garantizar el derecho del niño migrante a ser oído en dichos procesos;
8. Con el mismo objeto de proteger y garantizar el derecho de los NNA migrantes a vivir en familia y no ser separados de ella, la ley debiera establecer la obligación de toda autoridad migratoria de considerar –de forma positiva, humanitaria y expedita– las solicitudes hechas por

- los niños o sus padres para entrar o salir de un Estado, con el fin de facilitar la reunificación familiar;
9. En materia de derecho al nombre, la identidad y la nacionalidad, la legislación migratoria debiera reconocer, garantizar y facilitar el derecho de los NNA migrantes a ser inscriptos y, en particular, a conceder, en conformidad al principio de *ius solis*, la nacionalidad a los niños nacidos en Chile de padres en situación migratoria irregular, cuando estos no les puedan transmitir su propia nacionalidad;
 10. La legislación migratoria debiera reconocer, de modo expreso, los derechos a la educación y a la salud de los NNA migrantes;
 11. En particular, en materia de derecho a la salud, la ley debiera establecer órganos y protocolos que permitan verificar la aplicación efectiva, en base a indicadores técnicos, tanto a nivel nacional como municipal, sobre acceso a prestaciones sanitarias aceptables y de calidad para los NNA migrantes y sus familiares; reconocer el derecho de los niños migrantes a expresar su opinión libremente en todo procedimiento sanitario y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones; garantizar que los niños migrantes tengan acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental y; respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad de los NNA migrantes, incluso en lo relativo al asesoramiento y las consultas sobre cuestiones de salud;
 12. Por su parte, en materia de derecho a la educación, la ley debiera establecer órganos y protocolos que permitan verificar la aplicación efectiva, en base a indicadores técnicos, tanto a nivel nacional como municipal, de los derechos y garantías de acceso a educación de calidad para los niños y niñas migrantes; reconocer mecanismos y procedimientos de denuncia efectivos, tanto a nivel administrativo como jurisdiccional, para la protección del derecho a la educación de los NNA migrantes en aquellos casos en que sufran una violación a sus derechos y; establecer la obligación legal de contar con una política de formación en convivencia escolar inclusiva, que permita fortalecer las capacidades de las niñas y niños chilenos y del personal educativo, para superar prejuicios y prácticas discriminatorias, desarrollar el respeto por la diversidad cultural y consolidar la inclusión social de los NNA migrantes;

13. Finalmente, la legislación migratoria debiera contemplar expresamente la obligación de contar con registros de datos, bases estadísticas, indicadores y una política nacional de protección a los niños y niñas migrantes, de modo tal de poder diseñar, coordinar e implementar un sistema de protección integral a la infancia, en materia migratoria.

2 | ARIEL RIVA, DELFINA LAWSON

■ Estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo con niños/as y adolescentes es una de las prioridades del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹. Anualmente el ACNUR asiste y brinda protección a millones de niños/as y adolescentes refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, retornados o desplazados internos.

La comunidad internacional y el ACNUR han desarrollado normas, políticas y directrices internacionales a fin de mejorar la protección y el cuidado de los niños/as y adolescentes que se desplazan por alguna necesidad de protección. Este grupo poblacional se encuentra con frecuencia en situaciones especiales de vulnerabilidad en razón de su edad, condición social y estado de desarrollo físico y mental y es particularmente susceptible a ser expuesto por la fuerza al riesgo de lesiones físicas y psicológicas, explotación y muerte o a problemas de protección propios de su género².

En el desarrollo de todas sus actividades, el ACNUR procura incorporar una perspectiva sensible a las características particulares de este grupo y garantizar la adopción de medidas tendientes a asegurar su participación equitativa en la adopción de decisiones en todas las esferas de sus vidas³.

El Estado de Chile ha promovido importantes avances durante los últimos años y en particular a partir de la promulgación de la Ley N° 20.430 que

¹ ACNUR, 2005. *Nota resumen: Estrategia y actividades del ACNUR respecto a los niños y las niñas refugiadas*. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4900.pdf?view=1>

² Comité Ejecutivo del ACNUR, 2007, 58° Período de sesiones. *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5642>

³ ACNUR, Agenda para la Protección, enero 2004. *Meta 6: Atención de las necesidades de protección de las mujeres y los niños refugiados*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2534>

establece disposiciones sobre protección de refugiados⁴, con el fin de asegurar el adecuado tratamiento de las solicitudes de asilo que involucren niños, niñas y adolescentes. Asimismo, estas iniciativas se complementan con los programas que implementan las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con este grupo poblacional.

Este artículo se enfocará en la descripción de las garantías específicas que los Estados deben asegurar en el caso de niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional, ya sea en el marco del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, como en las medidas de atención y cuidado. Finalmente, nos referiremos brevemente al análisis sustantivo de las solicitudes de asilo.

Para la elaboración de este artículo hemos tomado como referencia las normas internacionales, las directrices del ACNUR relacionadas con el tema, la *Observación general N° 6* (2005) del Comité de los Derechos del Niño (en adelante CRC, por sus siglas en inglés) sobre el *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, las Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados (enero 2004) y otros documentos relevantes para el análisis.

Definiciones preliminares

Para la adecuada comprensión del artículo, a continuación señalamos algunas definiciones que corresponden a términos que serán utilizados a lo largo del artículo:

Niño / niña: De acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 1), en adelante CDN, un niño o niña es toda persona menor de 18 años de edad, salvo que, de acuerdo con las leyes nacionales que le sean aplicables, obtenga la mayoría de edad antes de esa edad.

Los niños o niñas no acompañados son aquellos que han quedado separados de ambos padres u otros parientes y no se encuentran a cargo de un adulto que de acuerdo a la ley o a las costumbres tendría la responsabilidad sobre su cuidado y protección.

Los niños o niñas separados son aquellos separados de ambos padres o de su anterior tutor legal o de la persona que acostumbra cuidarlos, pero no necesariamente de otros parientes. Consecuentemente, se encuentran acompañados por otros adultos de su familia.

⁴ Ley N° 20.430: *Establece disposiciones sobre protección de refugiados*. Promulgada el 08/04/2010, publicada el 15/04/2010.

1.1. Marco normativo internacional y nacional

El trabajo del ACNUR con niños, niñas y adolescentes se enmarca dentro de lo establecido en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, facilitando la complementariedad de estas normas con el derecho internacional de refugiados y con la interpretación que de ellos realizan los diversos órganos y organizaciones.

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados no establecen diferencias en su aplicación respecto de niños/as, adolescentes o adultos, ni limitaciones en el acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiados en función de la edad. Consecuentemente sus disposiciones se aplican de igual manera a todos los niños/as y adolescentes que necesiten protección internacional y se encuentren en el territorio del Estado o estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción.

Estos instrumentos de derecho internacional de los refugiados se complementan con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), que reconoce el derecho de toda persona de buscar y recibir asilo y el principio de *non refoulement*⁵, y la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante CDN).

En particular, la CDN, en su artículo 22, establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los niños/as y adolescentes que quieran obtener el estatuto de refugiado o que hayan sido reconocidos como refugiados, tanto si están solos como si están acompañados, gocen de la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos reconocidos en la Convención o en otros tratados internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que el Estado sea parte. La Convención también impone al Estado el deber de cooperar con las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas en la tarea de proteger a todo niño/a refugiado/a y en la tarea de localizar a sus padres u otro familiar a fin de poder eventualmente asegurar la reunificación familiar.

⁵ Convención Americana de Derechos Humanos (1969), ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990. Art. 22. 7.: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. 22.8.: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

La obligación de adoptar medidas adecuadas incluye, entre otras, la adopción de procedimientos con salvaguardas específicas en materia de asilo que contemplen las características y necesidades particulares de los niños/as.

En el ámbito nacional, en abril de 2010 se aprobó la Ley N° 20.430 que establece disposiciones de protección para los refugiados. Esta norma incorpora los principios fundamentales del derecho internacional de los refugiados: no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera⁶; no sanción por ingreso irregular; de confidencialidad; de no discriminación⁷; de trato más favorable posible; y de unidad de la familia⁸.

Estos principios se complementan con los establecidos por los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular por los contenidos en la CDN.

En este sentido, la CDN establece como uno de sus pilares fundamentales los principios de no discriminación⁹; interés superior del niño/a, como una consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo¹⁰; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo¹¹ y el derecho del niño/a a expresar su opinión libremente¹².

⁶ Consagrado en el art. 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados y en el art. 3 de la Convención contra la Tortura.

⁷ Este principio se encuentra reflejado en la CDN (art. 2) y se aplica a todos los ámbitos en donde hayan niños/as involucrados prohibiendo toda discriminación basada en la situación de encontrarse no acompañado o separado de sus familias o responsables legales, así como respecto de su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante.

⁸ Ley N° 20.430, *op. cit.*, art. 3. El principio de la unidad familiar –o integridad de la familia– establece que todos los niños/as tienen derecho a tener una familia, y las familias tienen derecho a cuidar de sus niños/as. Los niños/as no acompañados o separados deben tener acceso a servicios destinados a reunirlos con sus padres o sus tutores legales o sus cuidadores, tan rápido como sea posible.

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2. El principio de no discriminación se deberá aplicar en todos los ámbitos en donde hayan niños/as involucrados, prohibiendo toda discriminación basada en la situación de encontrarse no acompañado o separado de sus familias o responsables legales, así como respecto de su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante.

¹⁰ CDN, *op. cit.*, art. 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Para su determinación deberá tenerse en cuenta las recomendaciones de las Directrices del ACNUR sobre la Determinación del Mejor Interés del Niño (2008), así como las que se desprenden de la *Observación general N° 6* del CRC.

¹¹ CDN, *op. cit.*, art. 6. El CRC en su *Observación general N° 6* (2005) sugiere la adopción de una serie de medidas, entre las que se podrían incluir procedimientos prioritarios aplicables a los menores víctimas de trata, el nombramiento sin demora de tutores, informar a los menores de los peligros que corren y la articulación de medidas para la observación de los menores particularmente expuestos.

¹² CDN, *op. cit.*, art. 12: En cualquier etapa del procedimiento de determinación será fundamental tener presente y considerar la opinión del niño/a. Esto incluye, por una parte, la obligación de los funcionarios de compartir en forma oportuna y en un lenguaje que pueda ser comprendido por los niños/as toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos y obligaciones, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen.

En relación con la definición de refugiado, la ley incorpora la definición contenida en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984 y el concepto de *refugiado sur place*¹³.

Asimismo la norma establece que los alcances y disposiciones contenidos en ella deben interpretarse en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967¹⁴.

Específicamente, en lo relacionado con la situación de los niños, niñas y adolescentes, la ley garantiza que toda persona menor de edad tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado con independencia de las personas que ejercen su representación legal, conforme a la legislación chilena¹⁵.

A su vez, en el caso de niños/as y adolescentes no acompañados o separados de sus familias, las autoridades deberán informar de inmediato a la autoridad encargada de velar por los derechos de infancia de manera que ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias¹⁶. Por último, en estos casos la ley establece que se deberán observar las recomendaciones del ACNUR en lo referido a la protección y cuidado de los niños/as¹⁷.

El reglamento de la ley¹⁸ establece que la autoridad migratoria evaluará en cada caso la necesidad y oportunidad que el niño/a o adolescente sea acompañado/a durante la entrevista por sus padres, representantes legales,

Por otra parte, implica el establecimiento de mecanismos que le permitan a los niños/as expresar su opinión libremente sobre los temas y medidas que los afectan. Su opinión siempre deberá ser tenida en consideración en forma adecuada.

¹³ Ley N° 20.430, *op. cit.*, art. 2: *Concepto de Refugiado. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquel debido a dichos temores. 2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país. 3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él. 4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida.*

¹⁴ Ley N° 20.430, *op. cit.*, art. 10.

¹⁵ *Ibid.*, art. 38.

¹⁶ *Ibid.*, art. 39.

¹⁷ *Ibid.*, art. 40.

¹⁸ Reglamento N° 837, 14/10/2010, publicado en el Diario Oficial el 17/2/2011.

la persona encargada de su cuidado personal o un profesional experto en derechos de la infancia y adolescencia. En el caso de niños/as no acompañados o separados o huérfanos, la entrevista siempre debe realizarse con la colaboración de un profesional experto en derechos de la infancia y adolescencia¹⁹.

Con el objetivo de implementar lo contenido en las normas mencionadas, durante el año 2011 el Departamento de Extranjería y Migración (Ministerio del Interior), el Servicio Nacional de Menores (SENAME, Ministerio de Justicia) y el Departamento de Familia de la Policía de Investigaciones estuvieron trabajando en conjunto para la elaboración de un procedimiento especial que garantice la protección de los niños/as no acompañados o separados de sus familias y de aquellos niños/as que no cuentan con la documentación necesaria para el acceso a los servicios públicos necesarios.

La adopción de la ley ha significado un gran avance para la protección de los niños/as y adolescentes refugiados y solicitantes de la condición de refugiado en Chile, a la vez que plantea nuevos desafíos para lograr su implementación efectiva. En los párrafos siguientes reflejaremos los principales estándares internacionales que deberían incorporarse en el desarrollo del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado cuando este involucre niños, niñas y adolescentes.

2. SALVAGUARDAS ESPECÍFICAS DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN EL CASO DE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES

2.1. El derecho de los niños/as y adolescentes a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado

Normalmente, en la interpretación de las normas de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 (de aquí en adelante “Convención de 1951” y “Protocolo de 1967”) a los fines de la determinación del estatuto, se enfoca la situación de los adultos y se incluye a los niños, niñas y adolescentes como parte de una unidad familiar. Sin embargo, los niños y niñas que soliciten asilo por sí solos o sobre los que exista la presunción de que podrían necesitar protección internacional

¹⁹ *Ibid.*, arts. 55 y 56.

deberían poder acceder a un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en forma independiente e individual. Esto tanto cuando se encuentren acompañados²⁰ o cuando no lo estén, sean separados o simplemente no acompañados por pariente alguno.

En todos los casos en los que el temor de persecución de un niño/a sea el fundamento central en la solicitud de asilo de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado, él o ella deberán ser el o la solicitante principal. Cuando esto suceda, así como los niños pueden beneficiarse del reconocimiento de la condición de refugiado de sus padres, a un padre se le puede conceder el estatuto derivado basado en la condición de refugiado de su hijo²¹.

Cuando tanto los padres como el niño tengan motivos independientes para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, es preferible que cada una de las solicitudes sea evaluada en forma separada.

En todas las solicitudes en las que los niños/as sean considerados como solicitantes principales, su edad, nivel de madurez, desarrollo psicológico, habilidad para expresar ciertos puntos de vista u opiniones deberán ser un factor fundamental en las evaluaciones de los encargados de la toma de decisión.

Esto ha sido receptado por el artículo 38 de la Ley N° 20.430 en tanto establece que: *“Toda persona menor de edad tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, con independencia de las personas que ejercen su representación legal”*. Esta disposición, a su vez, supone el establecimiento de dispositivos adecuados para garantizar la identificación inmediata de los casos que pudieran requerir protección internacional.

2.2. Identificación de casos de niños/as y adolescentes en necesidad de protección

Con el fin de garantizar que los niños/as y adolescentes con necesidades de protección puedan ejercer su derecho a solicitar el reconocimiento de la

²⁰ Incluso en los casos en los que se encuentran con su familia, la niña o el niño puede ser considerado como el solicitante de asilo principal. En estos casos, el padre, la madre o la persona encargada del cuidado o su representante, tendrán que asumir la función principal de asegurarse que todos los aspectos relevantes de la solicitud del niño sean presentados.

²¹ ACNUR, Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, mayo 2009 (en adelante “ACNUR, Guías sobre MGF”). Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7139.pdf>, párrafo 11. Véase también ACNUR, Excom Conclusión sobre la protección de las familias de los refugiados, N° 88 (L), 1999. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0599.pdf>, párrafo (b) (iii).

condición de refugiado, tal como se establece en la Ley N° 20.430, resulta fundamental en primer lugar asegurar su identificación y posteriormente su registro.

La identificación temprana tiene dos objetivos principales: determinar si los niños/as se encuentran separados de sus familias o no acompañados, y determinar si podrían requerir protección internacional, ya sea como refugiados o bajo otra forma complementaria.

El proceso de identificación de niños o niñas no acompañados con frecuencia sucede en las zonas de ingreso al país y pasos fronterizos. Por este motivo, los Estados deben velar por el establecimiento de un sistema eficaz de identificación, que permita a las personas necesitadas de protección internacional ingresar al país y, en caso de ser necesario, puedan acceder a un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado. A la luz del principio de no devolución, el Estado debe evitar que las personas corran el riesgo de ser rechazadas en la frontera o, bien, devueltas a su país de origen.

La identificación se logra tras una cuidadosa entrevista con el niño/a u adolescente involucrado y con los adultos que lo acompañan, en el caso de que no se encuentre solo/a. Dicha entrevista debe ser realizada por personal especialmente preparado y capacitado para ello, en un lugar tranquilo que lo haga sentir tan cómodo y seguro como sea posible, para minimizar la angustia. La entrevista es confidencial, y en caso de que la persona no hable el idioma local, se le deberá facilitar la asistencia de traductores o intérpretes.

Asimismo, es importante considerar que la entrevista debe estar orientada a detectar necesidades de protección y no a la criminalización de la persona. El hecho de que la persona haya ingresado al país en forma irregular no obsta a que deba ser identificada su situación, y eventualmente se le debe permitir el acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

La Ley N° 20.430 establece en su artículo 26 que las peticiones de reconocimiento de la condición de refugiado pueden realizarse en cualquier oficina de Extranjería o, bien, ante la autoridad migratoria que se encuentre en un paso habilitado de frontera. En la práctica, la aplicación de esta norma no ha resultado consistente en todos los casos. El ACNUR cuenta con información fiable y actual sobre casos que no han sido formalmente admitidos al procedimiento de determinación, a pesar de reunir los requisitos establecidos en la norma legal y haber manifestado su intención de hacerlo ante las autoridades competentes. En igual sentido se han

registrado casos de rechazo en frontera. Estas situaciones han afectado por igual a grupos familiares entre los que se encontraban menores de edad.

En pos de evitar la reiteración de este tipo de situaciones y a fin de garantizar que los mecanismos de identificación sean adecuados y eficientes, las autoridades deben promover la capacitación sistemática de los funcionarios que cumplen funciones en los pasos fronterizos. Asimismo, las autoridades nacionales encargadas de la protección de la infancia deben brindar a dichos funcionarios guías orientadoras para la identificación y realización de entrevistas a los niños/as y adolescentes, así como un formulario de identificación inicial. Resulta importante destacar que la facultad de determinar las necesidades de protección internacional de las personas no recae sobre las autoridades de frontera, sino sobre el organismo señalado por la legislación local, siendo en el caso de Chile, de acuerdo a la Ley N° 20.430, el Subsecretario del Interior.

En el caso que la niña o el niño sea identificado con posterioridad a su ingreso al país, deberá ser remitido en forma inmediata a la autoridad encargada de la protección de la infancia o, bien, a la autoridad encargada de realizar el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado.

2.3. Registro y documentación del caso

Luego de la identificación se debe proceder al registro del caso. El registro implica la compilación de toda la información relevante para el caso, entre otros: nombre completo, fecha y lugar de nacimiento, nombre del padre y de la madre y su potencial localización en el caso de niños/as no acompañados o separados, anterior dirección, y actual ubicación.

Si correspondiere, se deberán consignar las razones por las que está separado de su familia o no acompañado; información sobre aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma y toda la información de que se disponga para determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional.

Al igual que para la identificación, para el registro se necesitará contar con funcionarios especializados en protección de la infancia que permitan al niño/a sentirse cómodo y protegido. En el caso de que el niño o la niña no hablen el idioma local, se le deberá proveer de un intérprete o traductor que le permita comprender la totalidad de la información brindada.

Con la información del registro se deberán tomar las medidas de cuidado inicial, incluyendo aquellas del área de salud, educación, alojamiento y bienestar. Para ello, y resguardando el principio de confidencialidad, las autoridades deberán coordinar las acciones con los actores gubernamentales correspondientes.

La información recogida es confidencial y la documentación debe ser almacenada en lugares seguros. A su vez, se deben conservar todas las pertenencias y documentos del niño/a.

La información que surja de las entrevistas de identificación y registro debería ser recogida en un formulario especialmente diseñado para consignar la información relevante en el caso de niños/as y adolescentes, y que permita observar las principales necesidades de protección si las hubiere y de cuidado y atención inicial.

2.4. Identificación de los casos en donde el niño/a sea el solicitante principal

En el caso de que el niño o niña sea parte de un grupo familiar, no existe una regla general para definir cuándo él o ella serán los solicitantes principales de la solicitud. Por esta razón, debe existir flexibilidad a lo largo del proceso para poder realizar una enmienda en la titularidad de la solicitud si es que se encuentra que los motivos de persecución del grupo familiar se relacionan con la experiencia del niño/a. Asimismo, si se detectan problemas de seguridad para el niño/a derivados de su relación con su padre/madre o persona a cargo de su cuidado personal.

La edad relevante aplicable para que los niños/as sean beneficiarios de las salvaguardas de los procedimientos específicos debe ser considerada a la fecha en que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado, y no a la fecha en que se toma una decisión sobre el caso.

Asimismo, al momento de analizar la solicitud se debe considerar la edad que tenía la persona al momento de que sucedieron los hechos, ya que esto puede modificar el enfoque del análisis sustantivo del caso.

2.5. Tratamiento prioritario de los casos

Las solicitudes presentadas por niños/as no acompañados o separados de sus familias, o aquellas solicitudes en donde ellos/as sean los solicitantes principales, deben tramitarse en forma prioritaria, ya que es probable que tengan necesidades de asistencia y protección especiales.

El tratamiento prioritario implica una reducción en los tiempos de espera en cada una de las etapas del procedimiento, incluyendo la emisión de documentación, plazos de entrevista de elegibilidad y tiempo para la adopción de la decisión referida a la solicitud.

Es importante considerar que el niño/a puede necesitar tiempo para reflexionar sobre su relato, sobre los hechos acaecidos y, por sobre todo, para construir un vínculo de confianza con el entrevistador o, si se encuentran no acompañados o separados de sus familias, con la persona que ha sido designada para su cuidado y representación.

En la actualidad no existe en la práctica un tratamiento prioritario para este tipo de casos. En general, la determinación formal demora, en la mayoría de los casos, al menos un año, contado desde el momento en que se formaliza la petición de asilo y hasta que se notifica formalmente la decisión del Subsecretario del Interior. Adicionalmente, se han registrado demoras importantes en la emisión de documentación, sobre todo en casos que se presentan en ciudades del norte del país, lo que incrementa aún más el tiempo en que los solicitantes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Esto debería revertirse progresivamente, y en particular para los casos que involucran a niños/as y adolescentes.

2.6. Nombramiento de un tutor

El niño/a u adolescente que solicite asilo y se encuentre no acompañado o separado de su familia debe estar representado por un adulto competente, que pueda promover la adopción de medidas que resguarden su interés superior. Por lo tanto, tan pronto como se identifique y registre a un niño/a no acompañado o separado de su familia se le deberá asignar un tutor o asesor, de acuerdo a los procedimientos que correspondan, quien deberá acompañarlo hasta tanto obtenga la mayoría de edad o abandone el territorio o la jurisdicción del Estado.

El tutor deberá tener conocimientos especializados en infancia y deberá asegurar que los intereses del niño/a u adolescente estén protegidos, y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, debidamente satisfechas.

El tutor participará en todas las decisiones que se adopten en relación al niño/a, tanto en el marco del procedimiento administrativo y judicial, como aquellas vinculadas con su atención y cuidado.

Cuando se trate de niños/as u adolescentes separados de sus familias, se podrá nombrar como tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le

dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando este haya sido maltratado por el adulto acompañante. En cada caso deberá analizarse la idoneidad del adulto para actuar de tutor y, eventualmente, se le podrá designar representante legal u asesor para las materias que no puedan ser cubiertas por el adulto que haya sido nombrado.

El rol del tutor debe poder ser evaluado periódicamente con el fin de poder garantizar que el interés superior del niño/a esté siendo debidamente atendido y, fundamentalmente, para evitar malos tratos.

En el marco del procedimiento de asilo u otro procedimiento administrativo o judicial, además del tutor, se le podrá designar un representante legal. El tutor o representante legal deberá estar presente en todas las entrevistas que le sean realizadas al niño/a en el marco del procedimiento. Siempre se mantendrá informado al niño/a sobre las decisiones adoptadas y se le permitirá emitir su opinión al respecto, la que deberá ser debidamente tomada en cuenta. El tutor y/o representante legal deberán participar en todas las instancias del procedimiento, y podrán realizar sus aportes cuando lo estime necesario.

Los protocolos de actuación en Chile deberán contemplar especialmente este punto y garantizar que en los casos de niños/as y adolescentes no acompañados o separados de sus familias se designe un tutor tan pronto como sea posible.

2.7. Entrevistas

Entre las garantías procesales mínimas del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado deberá existir la oportunidad de realizar una entrevista personal con el niño/a u adolescente involucrado²².

El personal que intervenga en el procedimiento debe tener conocimiento específico en métodos de comunicación y entrevistas con niños/as. En este sentido, la entrevista podría ser realizada por el oficial de elegibilidad con la participación de personal especialmente capacitado en infancia o en este tipo de metodologías. Asimismo, se deberá tener en cuenta la edad, el género, antecedentes culturales y la madurez del niño/a, así como las circunstancias de huida y forma de ingreso al país.

²² Siempre que la edad y madurez del menor lo permitan.

Los métodos de comunicación útiles para el caso de niños/as pueden incluir juegos, dibujos, escritura, juego de roles, narraciones de cuentos y cantos. En el caso de niños/as con discapacidad, se deberá utilizar “...el modo de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones”²³.

Es fundamental tener presente que no se pueden esperar el mismo grado y forma de comunicación de un niño/a que de un adulto. La edad, madurez, contexto social en el que creció, el trauma, las instrucciones de sus padres, nivel educativo, miedo a las autoridades estatales o personas en posiciones de poder, el uso de testimonios ya hechos por traficantes o el miedo a represalias, pueden impactar en la forma en que el niño/a se comunica. Incluso, en algunos casos, algunos niños/as pueden distorsionar información fundamental o, bien, pueden tener dificultades al diferenciar la realidad de la fantasía; esto, que en el caso de adultos puede ser tomado como un dato que afecte la credibilidad del relato, en el caso de los niños/as no debe ser evaluado de la misma manera.

No se debe descartar la necesidad de realizar la entrevista involucrando a otros expertos y en ámbitos distintos a los lugares donde se realizan las entrevistas con adultos. Es importante que el niño/a se pueda sentir seguro y en confianza.

En relación con este punto, la Ley N° 20.430²⁴ y su reglamento²⁵ establecen que todas las personas que componen el grupo familiar podrán ser entrevistadas individualmente, con el objetivo de que puedan exponer su caso y eventualmente formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado en forma independiente.

Asimismo, tanto la ley como el reglamento establecen que la persona podrá solicitar ser entrevistada por un funcionario de su mismo sexo y, en el caso de ser necesario, por un traductor de su mismo sexo. Los entrevistadores deberán estar especialmente capacitados a fin de identificar cualquier factor de índole personal –como la edad y el nivel educacional– que pudiera afectar su habilidad para presentar su caso.

²³ Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 2005, párr. 71.

²⁴ Ley N° 20.430, *op. cit.*, art. 30.

²⁵ Reglamento 837, publicado en el Diario Oficial el 17/02/2011, art. 40.

2.8. Determinación de la edad del niño/a

Cuando el niño/a o adolescente involucrado no cuente con la documentación necesaria para acreditar su edad en forma fehaciente, deberá brindársele el beneficio de la duda, de manera que en la hipótesis de que sea un niño/a o adolescente, se lo trate como tal hasta tanto su edad pueda ser formalmente determinada.

Todo proceso formal de determinación de la edad debe realizarse de forma segura, sensible a los niños/as y al género y con el debido respeto por la dignidad humana. Además, deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés de la persona. Se le deberá proveer toda la información necesaria, en una forma que pueda ser comprendida, sobre el procedimiento de determinación de la edad y sobre las pruebas y evaluaciones que le serán realizadas.

Si el niño/a se encuentra separado de su familia o no acompañado, es fundamental que al momento de realizar estas pruebas cuente con un tutor o representante legal. Las decisiones deben ser comunicadas al niño/a en una forma que él/ella pueda comprender y en forma personal, con la presencia del tutor o representante legal en un ambiente cómodo y seguro.

En el caso que se determine que su edad no se corresponde con la que declara y no es menor de edad de acuerdo a lo establecido en la CDN, se le deberá dar toda la información necesaria sobre cómo podría continuar su trámite como adulto.

2.9. Identidad del niño/a y documentación

La identidad del niño/a es un aspecto esencial que debe ser preservado. En este sentido, el artículo 8 de la CDN establece que: *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”* y *“Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”*.

Por este motivo, y como parte del proceso de identificación y registro del caso, es fundamental que se registren las señas personales y familiares de cada niño o niña desde el momento en que se toma contacto con él/ella.

Todos los niños/as y adolescentes que soliciten asilo en forma independiente o como parte de un grupo familiar deben obtener documentación

que acredite su estatuto legal en el país para poder acceder a los servicios públicos, tales como la salud, educación, etc., en forma inmediata. En el caso de que faltara algún documento de su país de origen, las autoridades del país ante el cual tramitan su solicitud de asilo deberán arbitrar las medidas pertinentes para suplir esas falencias, aunque sea en forma provisional.

En este sentido, el artículo 19 de la Ley N° 20.430 establece la obligación estatal de brindar colaboración administrativa a los solicitantes de la condición de refugiado y refugiados para la obtención de documentos, certificados, acreditación de estado civil, entre otros.

Asimismo, el artículo 32 establece que se le deberá extender al solicitante y a su grupo familiar una visación de residente temporario, por el plazo de ocho meses, prorrogables por períodos iguales. Para los refugiados reconocidos se prevé el otorgamiento de un permiso de residencia permanente²⁶.

2.10. Evaluación de la solicitud y beneficio de la duda

El CRC ha señalado en relación con la definición de refugiado que esta *“...debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores. La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las hembras, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951. Por consiguiente, en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género”*²⁷.

En el análisis de las solicitudes de adultos la carga de la prueba es usualmente compartida entre el evaluador y el solicitante. En el caso de las solicitudes en donde el titular sea un niño/a u adolescente puede ocurrir que el evaluador deba asumir una mayor parte de la carga de la prueba, en particular si el niño/a o adolescente se encuentra no acompañado o separado de su familia.

²⁶ Ley N° 20.430, *op. cit.*, art. 45.

²⁷ CRC, *Observación general N° 6, op. cit.*, párr. 74.

En el caso de que existan dudas sobre la credibilidad del relato, o si los hechos no se pueden establecer con claridad, se le debe dar al niño/a o adolescente el beneficio de la duda sobre los hechos alegados que se consideren controvertidos. Es importante tener presente que en ocasiones las experiencias de los niños/as o adolescentes no son recogidas adecuadamente por la información del país de origen.

Asimismo, en ocasiones el niño/a o adolescente puede desconocer los motivos por los cuales fue víctima de persecución, o los agentes de persecución. Esto tampoco debe ser utilizado para desacreditar su credibilidad o como fundamento de rechazo en su caso. Los oficiales de elegibilidad deberán realizar esfuerzos adicionales para recoger la información relevante del país de origen y otras pruebas de apoyo.

2.11. Medidas de cuidado inicial

Frente a la situación de vulnerabilidad particular que enfrentan los niños/as o adolescentes, los Estados deben adoptar medidas especiales para garantizar el cumplimiento de sus derechos.

El artículo 22 de la CDN establece al respecto que el Estado tiene la obligación de garantizar que el niño/a o adolescente solicitante o refugiado, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, obtenga la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

Todos los niños y las niñas tienen derecho al cuidado de emergencia y a las provisiones para su subsistencia básica. La atención inicial debe poder satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas a un nivel comparable al de la comunidad que les rodea y se debe proporcionar de forma que preserve la unidad familiar, mantenga a los niños y las niñas con sus parientes u otros cuidadores y no conduzca a la separación.

En este sentido, la Ley N° 20.430 establece en su artículo 13 que “(...) los refugiados y sus familias tendrán derecho a acceder a la salud, a la educación, a la vivienda y al trabajo, ya sea en condiciones de trabajador dependiente o por cuenta propia, en igualdad de condiciones que los demás extranjeros”. A su vez, el artículo 32 señala que la autoridad competente “(...) notificará a los organismos correspondientes, con el fin que se provean al solicitante y su familia la asistencia humanitaria básica que pudieran requerir en virtud de su situación de vulnerabilidad,

especialmente en lo referido a alojamiento, acceso a ayuda alimenticia, salud y trabajo”. El reglamento establece que el Ministerio del Interior será el encargado de coordinar con los organismos públicos el acceso a la ayuda humanitaria básica y el apoyo al proceso de integración de los refugiados a la sociedad chilena. Para ello podrá suscribir acuerdos con instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras²⁸.

A continuación describiremos los aspectos principales que se deberán considerar al momento de abordar la atención social de los niños/as y adolescentes involucrados en un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

• **Alojamiento**

En el caso de los niños/as no acompañados o separados de su familia, la CDN establece en su artículo 20 que los *niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*.

En estos casos es importante tener en cuenta su situación particular, edad y nivel de madurez, sexo, vulnerabilidades y experiencias, no solo por haber quedado desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen.

El CRC ha señalado en su *Observación general N° 6* que, al adoptar las medidas de atención y alojamiento, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros²⁹:

- Por regla general, no se privará de libertad a los menores.
- Para que haya continuidad en la atención y atendiendo al interés superior del niño/a, solo se cambiará la residencia de los menores no acompañados o separados de su familia cuando con el cambio se preserve el interés superior del menor.
- De acuerdo con el principio de unidad familiar, se mantendrá juntos a los hermanos/as.
- Se permitirá al menor que llegue acompañado de parientes, o los tenga en el país de asilo, permanecer con estos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor. Dada la particular vulnerabilidad del menor, el personal de asistencia social realizará evaluaciones periódicas.

²⁸ Reglamento 827 de la Ley N° 20.430, art. 20.

²⁹ CRC, *Observación general N° 6*, op. cit., párr. 40.

- Independientemente de los cuidados que se dispensen a los menores no acompañados o separados de su familia, se mantendrán una supervisión y evaluación periódicas por parte de personal calificado para velar por su salud física y psicológica, la protección contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a formación profesional y educativa, y las oportunidades correspondientes.
- Los Estados y otras organizaciones adoptarán medidas que garanticen la protección eficaz de los derechos de los menores no acompañados o separados de su familia que viven en hogares encabezados por un menor.
- En las emergencias de grandes proporciones, se prestará asistencia provisional durante el período más breve, acorde con las necesidades de los menores no acompañados. Esta atención provisional está orientada a su seguridad y equilibrio físico y emocional, en un ambiente que estimule su desarrollo general.
- Se mantendrá informados a los menores de las disposiciones para su atención y se tendrán en cuenta sus opiniones.

• **Educación**

Los Estados deberán garantizar el pleno acceso a la educación de todos/as los niños/as bajo su jurisdicción sin discriminación³⁰, incluyendo todas las etapas del desplazamiento e independientemente de la condición migratoria de los niños/as o de la de sus padres.

El CRC ha señalado en particular que *“las niñas no acompañadas y separadas de su familia tendrán acceso igualitario a la enseñanza formal y la no académica, incluida la formación profesional a todos los niveles. También se garantizará el acceso a la educación de calidad a los niños con necesidades especiales, en particular los niños con discapacidad”*³¹.

Esta obligación implica la necesidad de inscribir a los todos los niños/as (no acompañados/as, separados/as o bien que se encuentren con su familia) ante las autoridades escolares competentes y de colaborar para que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje³².

³⁰ CDN, *op. cit.*, arts. 28, 29 1) c), 30 y 32).

³¹ CRC, *Observación general N° 6*, *op. cit.*, párr. 41.

³² *Ibid.*, párr. 42.

Asimismo, el Comité también señaló que los niños/as no acompañados o separados de su familia tienen derecho a mantener su identidad y sus valores culturales, y, en especial, a conservar y cultivar su idioma nativo³³.

Los Estados de acogida deberán hacer los esfuerzos necesarios para incorporar al niño/a a un nivel educativo que corresponda con los estudios cursados en su país de origen. Asimismo, deberá prestar la ayuda administrativa necesaria en el caso que el niño/a no cuente con los certificados que acrediten su nivel de estudios, o que estos no tengan la validación o legalización correspondiente.

Para los adolescentes se deberá permitir el acceso a cursos de formación o educación profesional y/o técnica, y para los/as niños/as más pequeños/as se deberá garantizar el acceso a los programas de estimulación precoz del aprendizaje, de acuerdo al sistema educativo nacional. Los Estados velarán por que los menores no acompañados o separados de su familia reciban certificados escolares u otros documentos donde conste su nivel de educación, en particular cuando se preparan para la reinstalación, el reasentamiento o el retorno.

El Estado de acogida debe garantizar que los niños/as refugiados/as en caso de regresar a su país de origen o de ser reasentados puedan contar con toda la documentación necesaria que acredite el nivel educativo obtenido en el país.

- **Aspectos psicosociales**

La CDN establece que “*Todos los niños tienen derecho a la protección y al cuidado que sean necesarios para su bienestar*”³⁴ y que “*Cualquier niño que fuera víctima de ‘cualquier tipo’ de abuso o abandono tiene derecho a su rehabilitación física y psicológica y a su reintegración social*”³⁵.

El bienestar psicosocial de los niños refugiados es tan importante como su salud física. En este sentido, tanto los Estados como las organizaciones que trabajan con niños/as refugiados o solicitantes deben, en primer lugar, como medida preventiva, impulsar todos los factores que promuevan el bienestar de los niños y, en segundo lugar, proporcionar la asistencia sanitaria necesaria para asegurar que los niños que han sido heridos

³³ *Ibid.*

³⁴ CDN, *op. cit.*, art. 3.2.

³⁵ CDN, *op. cit.*, art 39.

o necesitan cuidados especiales reciban la ayuda que asegure su total recuperación³⁶.

Durante una situación de persecución y violación de los derechos humanos, los niños se enfrentan con conflictos demasiado graves para su desarrollo psicológico. El desarraigo, las perturbaciones y la inseguridad inherentes a las situaciones de refugiados pueden perjudicar su desarrollo físico, intelectual, psicológico, cultural y social en forma grave. Estos factores se agudizan cuando los niños/as deben sufrir o presenciar violencias, abusos, torturas o la muerte de familiares o cuando forzosamente se han separado de su círculo más cercano de protección.

A su vez, las situaciones vividas pueden afectar a sus padres y producir un impacto directo en la protección y cuidado de los niños/as, provocar conflictos familiares, situaciones de abuso u otras formas de desintegración familiar. En ocasiones, los padres/madres pueden estar muy preocupados/as o traumatizados para poder brindarles el cuidado adecuado y los niños/as podrían sufrir enfermedades o malnutrición³⁷. En estos casos, la atención ofrecida a los niños/as debe ser complementada con programas de atención para los padres.

Medidas sugeridas:

- Evaluar los factores que pueden provocar tensiones e intentar prevenirlos.
- Ayudar a las familias de refugiados a restablecer sus funciones ordinarias y actividades cotidianas (un ritmo de vida estable proporciona seguridad psicológica).
- Asegurar que los niños/as reciban una información detallada sobre su situación, derechos y responsabilidades y sobre la posibilidad de lograr soluciones duraderas.

A su vez, en el caso de niños/as no acompañados o separados de sus familias se deben adoptar las siguientes medidas para promover el bienestar psicosocial:

- Facilitar la búsqueda y localización de los familiares y promover la reunificación cuando estén dadas las condiciones.
- En el caso de que la reunificación familiar no sea posible, se deberá trabajar con los cuidadores, tutores o representantes legales para que

³⁶ ACNUR, *Los niños refugiados. Directrices sobre Protección y Cuidado*, 1994, p. 24.

³⁷ *Ibid.*, p. 24.

tengan las herramientas necesarias para posibilitar la comunicación adecuada con ellos/as y para que puedan brindarles la atención, el apoyo y la protección necesarias.

- Trabajar junto a las comunidades de acogida y los maestros para que puedan responder en forma apropiada a los problemas emocionales y de comportamiento que pudieran tener los niños/as.

- ***Búsqueda de familiares y reunificación familiar***

La Convención sobre los Derechos del Niño establece específicamente que los Estados Partes deberán cooperar en los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en dicha Convención.

Para el caso de niños/as o adolescentes solicitantes de asilo no acompañados o separados de sus familias, una de las prioridades debe ser la localización de sus familiares y la posterior reunificación familiar con sus padres/madres u otros miembros de la familia.

En cada caso se deberá analizar la pertinencia de la localización de los familiares, teniendo presente el interés superior del niño/a y descartando la existencia de indicios de que esto pudiera poner en riesgo al niño/a o a sus familiares. Es fundamental considerar la opinión del niño/a con relación a este tema.

Es recomendable que las evaluaciones sean efectuadas por un equipo multidisciplinario familiarizado con los temas relativos a la protección de niños/as y con experiencia en técnicas de entrevista para estos grupos.

Es fundamental mantener al niño/a informado de todos los esfuerzos y progresos realizados en lo relativo a la búsqueda de sus familiares.

En el caso que los familiares puedan ser localizados y se confirme la voluntad del niño/a de ser reunido con ellos se deberá promover el proceso de reunificación familiar, con el propósito de establecer o restablecer el cuidado a largo plazo. Idealmente, la reunificación será con uno o ambos padres o, si esto no fuera posible, con otros miembros de su familia.

Hasta tanto se produzca la reunificación familiar se deberán hacer todos los esfuerzos por intentar que el niño/a esté en contacto con su familia.

3. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LAS SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADOS PRESENTADAS POR NIÑOS/AS

Los/as niños/as y adolescentes viven y perciben de manera particular las situaciones de persecución que enfrentan. Sus experiencias se encuentran condicionadas, entre otros, por factores como la edad, su nivel de madurez, experiencias personales y comunitarias, nivel de desarrollo y su dependencia con los adultos. Un correcto análisis de las solicitudes presentadas por niños/as debe realizarse teniendo en cuenta estos factores.

En este sentido, el CRC ha señalado con relación a la definición de refugiado:

“...debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores. La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las hembras, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951. Por consiguiente, en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género³⁸.

A continuación describiremos brevemente los elementos del examen de inclusión a la luz de la definición de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Para ello hemos tomado como referencia lo descrito en el documento del ACNUR “*Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*”.

– Fundado temor de persecución

Al realizar un análisis del temor fundado de persecución, más allá de la forma en la que el/la niño/a manifieste el temor y de la entidad que le

³⁸ CRC, *Observación general N° 6*, op. cit., p. 74.

otorgue al riesgo³⁹, las personas encargadas de analizar el caso deberán realizar una evaluación objetiva del riesgo que el niño/a pueda enfrentar. Para ello es importante conocer las circunstancias específicas del niño/a en el país de origen, los servicios de protección a la niñez y su accesibilidad para la persona involucrada.

Para el análisis de este elemento, además de la edad del niño/a deberán tenerse presentes otras circunstancias vinculadas con su identidad, de naturaleza económica y social, como sus antecedentes familiares, clase, casta, salud, educación y nivel de ingreso. Estas características pueden incrementar el riesgo de daño, influenciando el tipo de conducta persecutoria infringida en el niño o niña y exacerbando el efecto del daño en él o ella⁴⁰.

En cuanto a la persecución, al no existir una definición expresa sobre dicho término, esta debe interpretarse como la violación de los derechos humanos de una persona, incluyendo la amenaza a la vida o a la libertad, así como otras clases de daños graves o de situaciones intolerables evaluadas con respecto a la edad, opiniones, sentimientos y el carácter psicológico del solicitante. Asimismo, la discriminación puede equivaler a persecución en ciertas situaciones, cuando el trato temido o sufrido lleva a consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudicial para el niño en cuestión⁴¹.

Las formas de persecución que afectan a los/as niños/as pueden ser similares o idénticas a las que enfrentan los adultos, pero ellos/as pueden experimentarlas de manera distinta. Frente a determinadas situaciones, las acciones y amenazas que pueden no considerarse persecución en el caso de un adulto, puede equivaler a persecución en el caso de un niño/a por el simple hecho de ser un niño/a.

³⁹ Podría suceder que el niño no exprese temor, pero el padre o la madre o persona encargada del cuidado del niño/a tenga un fundado temor de persecución por el niño/a. En este caso se debería asumir que el/la niño/a también tiene ese miedo.

⁴⁰ En este sentido, niños/as huérfanos/as, abandonados o de otra manera sin el cuidado de sus padres, pueden estar expuestos a mayores riesgos de abuso sexual y explotación o a ser reclutados o usados por fuerzas o grupos armados o pandillas delictivas. Los niños de la calle, en particular, pueden ser arrestados en condiciones degradantes o ser sometidos a otras formas de violencia, incluyendo asesinatos con el propósito de "limpieza social". Los niños con discapacidades pueden denegarles tratamientos médicos rutinarios o especializados o ser excluidos de su familia o comunidad. En determinados contextos, los/as niños/as pueden enfrentar situaciones especiales de discriminación al ser parte de situaciones familiares no convencionales incluyendo, por ejemplo, aquellos nacidos fuera del matrimonio, en violación de políticas familiares coercitivas o por medio de violación. Las niñas embarazadas pueden ser rechazadas por sus familias y sujetas a acoso, violencia, prostitución forzada u otros trabajos degradantes.

⁴¹ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1992, párrs. 54 y 55.

Al analizar casos de niños/as es particularmente importante considerar el daño psicológico causado, ya que son más propensos a estar angustiados por situaciones hostiles, a creer en amenazas improbables y afectarse emocionalmente por circunstancias desconocidas. Los recuerdos de acontecimientos traumáticos pueden persistir en un niño, colocándole en mayor riesgo de daños futuros.

Asimismo, los y las niños/as son más sensibles a los hechos que afectan a sus parientes cercanos o círculo de contención. Haber presenciado actos violentos o sufrido la desaparición de su padre, madre o hermano/a o de cualquier persona cercana, puede constituir un temor fundado de persecución, incluso si el acto no ha sido planeado en su contra.

En el caso de los niños/as, además de la interpretación de los principales instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, se deberá realizar un análisis a la luz de los derechos específicos garantizados en la CDN.

– Formas específicas de persecución a los niños

Existen formas de persecución específicas a los niños que se ven influenciadas por la edad, vulnerabilidad y madurez de la persona. En este sentido, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha reconocido que estas formas específicas de persecución de niños pueden incluir reclutamiento de menores, la trata de niños y la mutilación genital femenina (en adelante “MGF”)⁴². Otros ejemplos incluyen, pero no están limitados a, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado o de menores de edad⁴³, trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado⁴⁴, prostitución forzada y pornografía infantil⁴⁵. Tales formas de persecución también abarcan violaciones a la sobrevivencia y derechos de desarrollo, así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar y niños apátridas como resultado de la pérdida de nacionalidad y derechos concomitantes. A continuación abordaremos algunas de las formas específicas de persecución más relevantes para el contexto regional:

⁴² ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión N° 107, párr. (g) (viii).

⁴³ CDN, art. 24(3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”), art. 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”), art. 10; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante “CEDAW” por su sigla en inglés), art. 16.

⁴⁴ CDN, arts. 32-36; Organización Internacional de Trabajo, C 182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (en adelante “Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil”); C 138 Convenio sobre la edad mínima (en adelante “OIT Convenio sobre la edad mínima”), arts. 2 (3), 2(4).

⁴⁵ CDN, art. 34; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

• **Reclutamiento de niños/as**

Actualmente existe consenso sobre la prohibición del reclutamiento y el uso de niños/as en los conflictos armados. En particular, el derecho internacional humanitario prohíbe el reclutamiento y la participación en las hostilidades a niños/as menores de 15 años en conflictos armados ya sea a nivel internacional⁴⁶ o sin carácter internacional⁴⁷. Asimismo, el artículo 38 de la CDN reitera las obligaciones de los Estados Partes bajo el derecho internacional humanitario. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional clasifica como crímenes de guerra el reclutamiento y utilizar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas en un momento de conflicto armado⁴⁸.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para asegurar que miembros de sus fuerzas armadas menores de 18 años no tomen parte en las hostilidades, y que las personas menores de 18 años de edad no sean reclutadas obligatoriamente en sus fuerzas armadas. El Protocolo Facultativo contiene una prohibición absoluta contra el reclutamiento o utilización, bajo cualquier circunstancia, de niños que son menores de 18 años, por parte de los grupos armados distintos a las fuerzas armadas de un Estado. También enmienda el artículo 38 de la CDN, elevando la edad mínima para el reclutamiento voluntario.

Para el ACNUR, el reclutamiento forzoso y el reclutamiento para la participación directa en las hostilidades de un niño menor de 18 años en las fuerzas armadas del Estado equivaldrían a persecución. Lo mismo se aplicaría en situaciones donde el niño está en riesgo de un nuevo reclutamiento forzoso o podría ser castigado por haber evadido el reclutamiento forzado o desertar de las fuerzas armadas del Estado. Asimismo, el reclutamiento de cualquier niño menor de 18 años por parte de un grupo armado no estatal sería considerado persecución.

En el caso de reclutamiento voluntario de niños mayores de 16 años por los Estados (admisibles bajo el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de los niños en los conflictos armados) se deberán establecer

⁴⁶ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), art. 77 (2).

⁴⁷ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), art. 4 (3).

⁴⁸ Asamblea General de la ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF. 183/9, 17 de julio de 1998 (en adelante: "Estatuto de CPI"), art. 8 (2) (b) [xxvi] y (c) [vii].

salvaguardas para asegurar que el reclutamiento sea efectivamente voluntario. En estos casos podría existir un temor fundado de persecución surgido por el trato al que han sido sometidos y/o por conductas que están obligados a realizar, por las fuerzas armadas o grupos armados.

También es importante tener presente que los niños que han sido liberados por las fuerzas o grupos armados y retornan a sus países y comunidades de origen pueden estar en peligro de acoso, de ser de nuevo reclutados o al castigo, incluyendo prisión o ejecuciones extrajudiciales.

- **Trata de niños/as y el trabajo**

Los/as niños/as víctimas de trata o con temor a ser tratados/as pueden tener solicitudes fundadas para la condición de refugiado. Las Directrices del ACNUR sobre víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata son igualmente aplicables a una solicitud de asilo cuando es presentada por un niño. El impacto particular de las experiencias de trata sufridas por un niño y las violaciones de los derechos específicos del niño que conlleva la trata, también deben tomarse en cuenta.

La trata de una niña o un niño es una violación grave de una gama de derechos fundamentales y, por consiguiente, constituye persecución⁴⁹.

Al analizar estos casos es importante considerar desde la perspectiva del niño o la niña el impacto de represalias por miembros de la red de trata, exclusión social, ostracismo y/o discriminación⁵⁰ contra niños víctimas de trata que retornan a sus países⁵¹. Los niños en riesgo de ser de nuevo víctimas de trata o considerados como sujetos de graves represalias deben ser considerados de tener un fundado temor de persecución en el sentido de la definición de refugiado.

Asimismo, es importante prestar atención a las indicaciones de la posible complicidad de los padres o de las personas que los acompañen y estén a cargo de su cuidado.

⁴⁹ Estos derechos incluyen el derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo, el derecho de protección de todas las formas de violencia, incluyendo la explotación sexual y abuso, y el derecho de protección del trabajo infantil y secuestro, venta y trata, como específicamente estipula el art. 35 de la CDN.

⁵⁰ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*. 2006, párrs. 17-18.

⁵¹ Por ejemplo, una niña que ha sido víctima de trata por explotación sexual puede ser rechazada por su familia y devenir en una marginada social en su comunidad, en el caso de que regrese. Un niño que ha sido enviado lejos por sus padres con la esperanza y expectativa de que estudiará y trabajará en el extranjero y enviará dinero a su familia, puede también llegar a ser excluido de su familia si se enteran que él ha sido víctima de trata en trabajo forzado.

El derecho internacional también prohíbe el trabajo que es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad del niño, también conocido como “trabajo peligroso”⁵². Para determinar si el trabajo es peligroso se deben considerar las siguientes condiciones de trabajo: trabajo que exponga a los niños a violencia física o mental; trabajo que se desarrolle de manera clandestina, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios reducidos; trabajo que involucre equipo peligroso o manipulación manual de cargas pesadas; largas jornadas de trabajo y en un ambiente insalubre⁵³. El trabajo realizado por un niño bajo la edad mínima designada para un tipo de trabajo en particular y considerado que inhibe la educación del niño y su desarrollo completo está prohibido también, de acuerdo con las normas internacionales⁵⁴.

Tales formas de trabajo pueden equivaler a persecución, de acuerdo a cada valoración particular de la experiencia del niño, su edad u otras circunstancias. La persecución, por ejemplo, puede ser que surja donde un niño pequeño es obligado a ejecutar trabajo dañino que ponga en peligro su salud física y/o mental y su desarrollo.

– *Mutilación Genital Femenina (MGF)*

Todas las formas de MGF⁵⁵ son consideradas dañinas y violan una serie de derechos humanos⁵⁶, como afirma la jurisprudencia internacional y la doctrina legal.

Muchas jurisdicciones han reconocido que la MGF causa un grave daño equivalente a la persecución⁵⁷. Como la práctica afecta desproporcionada-

⁵² Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, art. 3 (d).

⁵³ *Ibid.*, art. 4 conjuntamente con OIT, R 190, Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Disponible en: [⁵⁴ OIT, Convenio sobre la edad mínima, art. 2.](http://www.ilo.org/lex/cgi-lex/singles.pl?query=021999190@ref&cjséc=-2, en 3 y 4.</p></div><div data-bbox=)

⁵⁵ La MGF comprende todos los procedimientos que incluyen la extirpación parcial o total de los genitales femeninos externos u otra lesión a los órganos genitales femeninos practicada por razones que no son médicas. Véase además OACDH, ONUSIDA, *et al.*, Eliminación de la mutilación genital femenina: Una declaración entre organismos, febrero de 2008, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c6aa6e2.html>.

⁵⁶ Esto incluye el derecho a la vida, la protección contra la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante, para proteger de la violencia física y mental, así como el derecho al más alto estándar posible de salud.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Mlle Diop Aminata*, 164078, Comisión de Apelaciones de Refugiados (en adelante “CRR, por su sigla en francés”), Francia, 17 de julio de 1991, en francés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7294.html>; *Khadra Hassan Farah, Mahad Dahir Buraleh, Hodan Dahir Buraleh*, Canadá, IRB, por su sigla en inglés, 10 de mayo de 1994, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b70618.html>; *In re Fauziya Kasinga*, 3278, Consejo de Apelaciones de Inmigración de los Estados Unidos (en adelante “BIA, por su sigla en inglés”), 13 de junio de 1996, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bb00782.html>.

mente a las niñas⁵⁸, esta puede ser considerada como una forma específica de persecución a las niñas.

– *Violencia doméstica contra los niños/as*

Toda violencia contra los niños/as, incluyendo la física, psicológica y la violencia sexual, mientras se encuentran a cargo de sus padres u otros, está prohibida por la CDN⁵⁹. La violencia psicológica⁶⁰ puede ser tan perjudicial para la víctima como el daño físico y puede equivaler a persecución⁶¹. La violencia doméstica puede también presentarse dentro del alcance de tortura y otro trato cruel, inhumano y degradante o castigo⁶².

Al momento de evaluar el impacto y el nivel de gravedad de la violencia es importante considerar elementos como su frecuencia, los patrones, la duración y el impacto en el niño/a. La edad del niño y la dependencia con el perpetrador, así como sus efectos a largo plazo en su desarrollo físico, psicológico y el bienestar del niño, también tienen que considerarse.

– *Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*

El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es fundamental para la sobrevivencia y desarrollo de los niños/as⁶³. El CRC ha establecido en la *Observación general N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia* (2006), que el derecho a la supervivencia y el desarrollo solamente pueden ser realizados mediante la observancia de todos los derechos de la Convención, incluyendo el derecho a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego⁶⁴.

⁵⁸ La MGF generalmente es llevada a cabo en niñas hasta los 15 años de edad, aunque las niñas mayores y las mujeres pueden también ser sometidas a esta práctica. Sobre la MGF en el contexto de la determinación de la condición de refugiado, ver las Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, del ACNUR.

⁵⁹ Ejemplos de tales actos incluyen: palizas, abuso sexual en los hogares, incesto, prácticas tradicionales dañinas, delitos cometidos en nombre del honor, matrimonios tempranos y forzados, violación y violencia relacionada con la explotación sexual comercial.

⁶⁰ Esa violencia puede incluir formas graves de humillación, acoso, abuso, los efectos de aislamiento y otras prácticas que causen o pueden resultar en daño psicológico.

⁶¹ CRC, *Observación general N° 8* (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (art. 19, párr. 2 de los arts. 28 y 37, entre otros), párr. 11.

⁶² CRC, *Observación general N° 8, op. cit.*, párr. 12; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6076.pdf>, párr. 45-49.

⁶³ CDN, *op. cit.*, art. 6.2.

⁶⁴ CRC, *Observación general N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006 (en adelante: “CRC, *Observación general N° 7*”), párr. 10.

La violación de un derecho económico, social o cultural puede equivaler a persecución cuando los elementos esenciales mínimos de tal derecho no se realizan⁶⁵.

Medidas discriminatorias pueden equivaler a persecución cuando conducen a consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudicial para el niño/a⁶⁶. Los niños/as que carecen de cuidado y apoyo de un adulto, que son huérfanos, abandonados o rechazados por sus padres, y que escapan de la violencia de sus hogares pueden ser especialmente afectados por tales formas de discriminación. Mientras que es claro que no todos los actos de discriminación que conducen a la privación de los derechos económicos, sociales y culturales son necesariamente equiparados con persecución, es importante valorar las consecuencias de esos actos para cada niño/a en cuestión, ahora y en el futuro⁶⁷.

– Agentes de persecución

En las solicitudes de asilo de los niños/as, el agente de persecución puede ser estatal o no estatal. En el caso de los actores no estatales se podría tratar de grupos militarizados, pandillas delictivas, padres, madres u otras personas encargadas del cuidado, líderes comunitarios y religiosos. En estas situaciones, la valoración del fundado temor debe incluir consideraciones tales como si el Estado no puede o no quiere proteger a la víctima⁶⁸.

⁶⁵ Por ejemplo, la denegación del derecho de los niños de la calle a un nivel de vida adecuado (incluyendo el acceso a la comida, agua y vivienda) puede llevar a una situación intolerable que amenaza el desarrollo y la sobrevivencia de ese niño. De manera similar, la denegación del tratamiento médico, especialmente cuando el niño concernido sufre de una enfermedad muy grave, puede equivaler a persecución. La persecución puede también ser establecida a través de la acumulación de una serie de violaciones de menor gravedad. Esto puede, por ejemplo, ser un caso donde niños con discapacidades o apátridas carecen de acceso al registro de nacimiento y, como resultado, son excluidos de la educación, atención médica y otros servicios.

⁶⁶ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios*, op. cit., párrs. 54 y 55.

⁶⁷ Por ejemplo, tener en cuenta la importancia fundamental de la educación y el impacto significativo que la denegación de ese derecho puede tener para el futuro del niño, un daño grave puede surgir si a un niño se le deniega en forma sistemática el acceso a la educación (Ver RRT, Caso N° V95/03256, [1995] RRTA 2263, Australia, RRT, 9 de octubre de 1995, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17c13a2.html>, donde el Tribunal encontró que la “denegación discriminatoria del acceso a la educación primaria es denegar un derecho fundamental que equivale a persecución” (traducción libre).

⁶⁸ Véase CDN, art. 3, que impone un deber a los Estados Partes de asegurar la protección y el cuidado de los niños en relación con las acciones de los actores estatales y privados; CADH, arts. 17 y 19; Carta Africana, arts. 1(3), 81. Véase también ACNUR “Manual”, párr. 65; ACNUR, Directrices sobre persecución por motivos de género, párr. 19; Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, solicitada por Corte IDH, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1687.pdf>.

La evaluación sobre la capacidad estatal de brindar protección debe incluir la verificación de la existencia de un sistema legal que penalice y estipule sanciones para la conducta persecutoria, así como un análisis de si las autoridades aseguran que tales incidentes sean efectivamente investigados y que los responsables sean identificados y sancionados adecuadamente⁶⁹.

El acceso de los niños/as a la protección del Estado también depende de la capacidad y voluntad de sus padres, de otro/a encargado/a principal de su cuidado o de su tutor para ejercer sus derechos y obtener la protección en nombre del niño o la niña⁷⁰.

Finalmente se debe tener presente que en ocasiones los niños/as no pueden acercarse a los policías o tribunales para narrar lo acontecido. Inclusive, si lo hacen pueden ser rechazados/as, no escuchados o no comprendidos ya que los oficiales pueden carecer de las habilidades necesarias para entrevistar y escuchar a los niños/as.

– Los motivos de la Convención de 1951

Al analizar las solicitudes de asilo presentadas por niños/as, será necesario establecer si el niño/a tiene o no un fundado temor de persecución vinculado a uno o más de los cinco motivos enumerados en el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre Protección de Refugiados o, bien, en el caso de Chile, establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados.

Raza, nacionalidad u origen étnico: podrían estar dentro de esta categoría los casos en donde por política se niega el acceso de niños/as de una particular raza o etnia a la nacionalidad, al registro de su nacimiento⁷¹, al sistema educativo o a los servicios de salud.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, El Caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, Corte IDH, 29 de julio de 1988, párr. 174; M.C. c. Bulgaria, Demanda N° 39272/98, ECtHR, 3 de diciembre de 2003, en inglés en <http://www.unhcr.org/refword/docid/47b19f492.html>. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, Recomendaciones Generales N°s 19 y 20, adoptadas en la 11ª Sesión, 1992, contenida en el documento A/47/38), 1992, Recomendación General N° 19 en <http://www.unhcr.org/refword/docid/453882a.422.html>, párr. 9 y Recomendación N° 20 en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Yakin Ertürk, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4169.pdf>.

⁷⁰ Esto puede incluir el presentar una queja con la policía, con las autoridades administrativas o las instituciones de servicio público.

⁷¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 15; PIDCP, arts. 24(2) y (3); CDN, art. 7.

Religión: al igual que en el caso de los adultos, las creencias religiosas de los niños/as o el negarse a tales creencias pueden poner al niño/a en riesgo de persecución⁷². Para establecer el motivo de la Convención, no es necesario que el niño sea un practicante activo; es suficiente que el niño/a sea percibido como que tiene cierta creencia religiosa, o que pertenece a una secta o grupo religioso, a causa de las creencias religiosas de sus padres.

Los motivos de persecución relacionados con el rechazo de un niño/a a adherirse a los roles de género prescritos pueden también ser analizados en virtud de este motivo. Las niñas, en particular, pueden ser afectadas por la persecución por motivo de la religión. Las adolescentes pueden ser obligadas a desempeñar funciones tradicionales de esclavas o brindar servicios sexuales. Ellas también pueden ser obligadas a sufrir la MGF o ser castigadas por crímenes de honor en nombre de la religión⁷³. En otros contextos, tanto los niños como las niñas pueden especialmente ser blancos para unirse a grupos o fuerzas armadas de un Estado en base a religión o ideologías relacionadas.

Opinión política: la solicitud basada en opinión política presupone que el solicitante tenga, o se asume que tenga, opiniones no toleradas por las autoridades o la sociedad y que son críticos de las políticas generalmente aceptadas, las tradiciones o métodos. Si el niño/a es capaz o no de tener una opinión política es una cuestión de hecho y debe ser determinada por la valoración del nivel de madurez y desarrollo del niño, su nivel de educación, así como su capacidad para expresar esas opiniones. Es importante reconocer que los niños/as pueden ser políticamente activos y tener opiniones políticas particulares, independientemente de los adultos, por las cuales pueden temer ser perseguidos⁷⁴.

Además, las opiniones o los puntos de vista de los adultos, como los de los padres, pueden ser imputados a sus hijos por las autoridades o por los actores no estatales⁷⁵. Este puede ser el caso incluso si el niño no puede expresar las opiniones políticas o las actividades de sus padres, incluyendo donde el

⁷² ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional, Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/04/06, 28 de abril de 2004 (en adelante: “ACNUR, Directrices sobre persecución por motivos religiosos”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2570.pdf>.

⁷³ *Ibid.*, párr. 24.

⁷⁴ Muchos movimientos de liberación o de protesta están dirigidos por estudiantes activistas, incluyendo escolares. Por ejemplo, los niños/as pueden estar involucrados en distribución de panfletos, participando en demostraciones, actuando como mensajeros o ligados a actividades subversivas.

⁷⁵ Ver el Asunto de Timnit Daniel y Simret Daniel, A70 483 789 & A70 483 774, EE.UU. BIA, 31 de enero de 2002 (no publicado, la resolución no establece un precedente). El Tribunal consideró que la noción “que los demandados eran muy jóvenes para tener una opinión política real es irrelevante; es suficiente que los oficiales creyeran que ellos apoyan el EPLF por su sigla en inglés” (traducción libre).

padre deliberadamente no revele la información al niño para protegerle. En tales circunstancias, estos casos deben ser analizados no solo de acuerdo al motivo de la opinión política sino también en términos del motivo de la pertenencia a determinado grupo social (en este caso, la “familia”).

Los motivos de opinión política y religión (imputados) pueden coincidir con frecuencia en las solicitudes de asilo de los niños. En ciertas sociedades, el rol asignado a las mujeres y niñas puede ser atribuible a los requisitos del Estado o la religión oficial. Las autoridades u otros agentes de persecución pueden percibir la negativa de la niña de cumplir con su rol, como una negativa a practicar o mantener determinadas creencias religiosas. Al mismo tiempo, el incumplimiento podría ser interpretado como sostener una opinión política inaceptable que amenaza estructuras de poder fundamentales. Este puede ser especialmente el caso en sociedades donde existe poca separación entre la religión y las instituciones del Estado, leyes y doctrinas⁷⁶.

Pertenencia a determinado grupo social: las solicitudes de los niños/as son frecuentemente analizadas bajo este motivo de la Convención⁷⁷. Aunque la edad, en términos estrictos, ni es innata ni permanente porque cambia continuamente, ser un niño/a es una característica inmutable en cualquier momento dado. El niño/a claramente no puede desligarse de su edad con el fin de evitar la temida persecución⁷⁸. El hecho que eventualmente el niño/a se hará mayor es irrelevante para la identificación de un determinado grupo social, ya que se basa en los hechos que se presentaron en la solicitud de asilo. Ser un niño es directamente relevante para su propia identidad, tanto

⁷⁶ ACNUR, Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 (2002), párr. 26.

⁷⁷ Como se indica en las Directrices del ACNUR: “un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”.

⁷⁸ Ver asunto de S-E-G, *et al.*, 24 I&N Dec. 579 (BIA 2008), EE.UU. BIA, 30 de julio de 2008, en inglés <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4891da5b2.html>, señaló que “nosotros reconocemos que la mutabilidad de la edad no depende de nuestro control, y si un individuo ha sido perseguido en el pasado a causa de su edad que define un determinado grupo social, o se enfrenta a ese tipo de persecución en un momento en que la edad de ese individuo lo colocaba dentro del grupo, la solicitud de asilo puede seguir siendo cognoscible” (traducción libre) (p. 583); LQ (Edad: Característica Inmutable) Afganistán c. Secretario de Estado del Departamento del Interior, [2008] U.K. AIT 00005, 15 de marzo de 2007, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a04ac32.html>, considerando que el solicitante, “aunque, asumiendo que sobrevive, él a su debido tiempo dejará de ser niño, él será inmutablemente un niño al momento de realizar la evaluación” (traducción libre) en 6; Resolución V99-02929, V99- 2929, Canadá, IRB, 21 de febrero de 2000, en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b18e5592.html>, que consideró que: “la vulnerabilidad de los niños surge como resultado de su condición de menor. Su vulnerabilidad como un menor es una característica innata e inmutable, a pesar de que el niño se convertirá en un adulto”.

para los ojos de la sociedad como desde la perspectiva individual del niño. La identificación de grupos sociales también puede ser valorada por el hecho de que los niños comparten una experiencia de construcción social común, como el ser abusados, abandonados, empobrecidos o desplazados internos.

Una serie de agrupaciones de niños/as, por lo tanto, puede ser la base de las solicitudes de la condición de refugiado bajo el motivo de “pertenencia a determinado grupo social”. Así como las “mujeres” han sido reconocidas como un determinado grupo social en varias jurisdicciones, los “niños/as” o un subconjunto más pequeño de niños pueden también constituir un determinado grupo social⁷⁹.

La pertenencia del solicitante a un grupo social basado en la niñez no necesariamente deja de existir solo porque su niñez termina. Las consecuencias de haber pertenecido previamente a ese grupo social pueden no terminar, incluso, si el factor principal de tal identidad (que es la corta edad del solicitante) ya no es más aplicable. Por ejemplo, una experiencia pasada puede ser una característica que es inmutable e histórica y puede sustentar la identificación de grupos como los “antiguos niños soldados”⁸⁰ o “niños tratados” para efectos de un temor de futura persecución⁸¹.

Algunos de los grupos sociales más destacados incluyen los siguientes:

- Niños en situación de calle⁸².

⁷⁹ En *In re Fauziya Kasinga*, *op. cit.*, sostuvo que las “mujeres jóvenes” pueden constituirse en un determinado grupo social.

⁸⁰ En *Lukwago c. Ashcroft*, Fiscal General, 02-1812, Tribunal de Apelaciones del 3er. Circuito de EE.UU., 14 de mayo de 2003 en inglés en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a7078c3.html>, el Tribunal Corte consideró que “los miembros de un grupo de antiguos niños soldados que se escaparon del cautiverio de LRA se ajustan precisamente en el reconocimiento propio de la BIA de que una experiencia pasada y compartida puede ser suficiente para vincular a los miembros de un determinado grupo social” (traducción libre).

⁸¹ ACNUR, Directrices sobre víctimas de la trata, *op. cit.*, párr. 39. Véase también, RRT Caso N° N02/42226, [2003] RRTA 615, Australia, RRT, 30 de junio de 2003, en inglés <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b17c2b02.html>, que concierne a una joven mujer de Uzbekistán. El grupo identificado fue: “Mujeres de Uzbekistán forzadas a la prostitución en el extranjero, por haber sido percibidas como transgresoras de algún tipo de costumbre social” (traducción libre).

⁸² Ellos comparten las características comunes de su juventud y tienen las calles como su casa y/o su fuente de medios de vida. Especialmente para los niños que han crecido en estas situaciones, su estilo de vida es fundamental para su identidad y con frecuencia difícil de cambiar. Muchos de estos niños han adoptado el término “niños de la calle”, ya que les ofrece un sentido de identidad y pertenencia mientras ellos pueden vivir y/o trabajar en las calles por una serie de razones. Ellos también pueden compartir experiencias pasadas como la violencia doméstica, abuso sexual y explotación, o ser huérfanos o abandonados (Véase, por ejemplo, el asunto de B-F-O-, A78 677 043, U.S. BIA, 6 de noviembre de 2001 (no publicado, resolución sin precedente). El tribunal consideró que el solicitante, quien era un niño de la calle abandonado, tenía un fundado temor de persecución basado en la pertenencia a un determinado grupo social. Véase también, LQ (Edad: Característica Inmutable) Afganistán c., Secretario de Estado del Departamento del Interior, *op. cit.*, el tribunal consideró que el temor del

- Los niños viviendo con VIH/SIDA, incluyendo ambos, los que son VIH-positivo y los que tienen un padre/madre VIH-positivo u otro familiar, también pueden considerarse como un determinado grupo social⁸³.
- Cuando los niños son escogidos como objetivo para reclutamiento o utilizados por una fuerza o grupo armado⁸⁴.
- **La alternativa de “huida” interna o “reubicación”**

Como en el caso de los adultos, la reubicación interna es solamente pertinente cuando el solicitante puede acceder de manera práctica, segura y legalmente al lugar de reubicación⁸⁵. En particular, con respecto a la persecución por motivos de género, como el caso de la violencia doméstica y la MGF que típicamente son perpetradas por actores privados, la falta de protección efectiva del Estado en una parte del país puede ser un indicador de que el Estado también pueda o no quiera dar protección al niño/a en cualquier otra parte del país⁸⁶.

En los casos donde la alternativa de huida interna o reubicación es considerada pertinente, un lugar propuesto para esta alternativa puede ser razonable en el caso de un adulto pero puede no serlo en el caso de un niño/a. La edad y el interés superior del niño/a están entre los factores que deben ser considerados en la valoración de la viabilidad de un lugar propuesto para la reubicación interna⁸⁷.

solicitante al daño como un niño huérfano y de la calle “sería como resultado de su pertenencia a una parte de un grupo con el que comparte una característica inmutable y que constituye para los efectos de la Convención de Refugiados un determinado grupo social” (traducción libre).

⁸³ El hecho de ser VIH-positivo existe independientemente de la persecución de la cual ellos puedan sufrir como consecuencia de su estado serológico. Su condición o la de su familia puede diferenciarlos y, aunque sea manejable y/o tratable, su condición es en general inmutable (Véase además, CRC, Observación General N° 3: El VIH/SIDA y los Derechos del Niño, 17 de marzo de 2003, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4279.pdf>).

⁸⁴ Como en el caso de los adultos, el niño que evade el reclutamiento, deserta o de otra manera rechaza el ser asociado con una fuerza armada, puede ser percibido como teniendo una opinión política, en cuyo caso el vínculo con el motivo de la Convención de opinión política puede también ser establecido.

⁸⁵ ACNUR. Directrices sobre protección internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 2003, párr. 7.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 15.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 25. Ver también factores en la CRC, *Observación general N° 6*, párr. 84, sobre Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Aunque redactados teniendo en mente un contexto diferente, estos factores son igualmente relevantes para una evaluación de la alternativa de huida interna o reubicación.

– La aplicación de cláusulas de exclusión a los niños

Las cláusulas de exclusión contenidas en el artículo 1F de la Convención de 1951 disponen que ciertos actos son tan graves que hacen que sus perpetradores no merezcan de la protección internacional como refugiados⁸⁸. Como toda excepción a las garantías de los derechos humanos, se requiere una interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión en vista de las graves consecuencias posibles para el individuo⁸⁹.

La aplicación de las cláusulas de exclusión a los niños/as siempre necesitan ejercerse con gran cautela, en vista de las circunstancias particulares y vulnerabilidades de los niños/as. En el caso de que estos sean pequeños, las cláusulas de exclusión pueden no aplicarse en absoluto. Cuando el niño es acusado de haber cometido delitos mientras sus propios derechos estaban siendo violados (por ejemplo, mientras estaban relacionados con fuerzas o grupos armados), es importante tener en cuenta que pueden haber también sido víctimas de delitos contra el derecho internacional y no solo como perpetradores⁹⁰.

Aunque las cláusulas de exclusión del artículo 1F no distinguen entre adultos y niños, este artículo puede ser aplicado al niño/a solo si ha alcanzado la edad de la responsabilidad penal como lo establece la ley internacional y/o nacional al momento de la comisión del acto excluible⁹¹.

⁸⁸ Véase, ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional N° 5: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003 (en adelante: “ACNUR, Directrices sobre exclusión”), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2554.pdf>; que establece una orientación legal interpretativa del ACNUR sobre las normas sustantivas y de procedimiento para la aplicación del art. 1F; ACNUR, Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El art. 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, 4 de septiembre de 2003 (en adelante: “ACNUR, Documento sobre Exclusión”).

⁸⁹ ACNUR, Directrices sobre Exclusión, párr. 2; ACNUR, Documento sobre Exclusión, párr. 4. ACNUR, Manual, párr. 149. Véase también Excom Conclusiones N° 82 (XLVIII), La salvaguarda de la institución del asilo, 17 de octubre de 1997, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0593.pdf>, párr. (v); N° 102 (LVI), 2005; Conclusión General sobre la protección internacional, 7 de octubre de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3861.pdf>, párr. (i); N° 103 (LVI); Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección, 7 de octubre de 2005, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3862.pdf>, párr. (d).

⁹⁰ Los Principios de París estipulan: “Los niños que han sido acusados de delitos, según el derecho internacional, supuestamente cometidos mientras estaban relacionados con grupos o fuerzas armadas deben ser considerados primero como víctimas de delitos contra el derecho internacional; no solo como perpetradores. Ellos tienen que ser tratados de acuerdo con el derecho internacional en el marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, que concuerda con el derecho internacional que ofrece a los niños protección especial a través de numerosos acuerdos y principios” (traducción libre), párr. 3.6. También hay que señalar que el fiscal del SCSL (por su sigla en inglés) decidió no procesar a los niños entre las edades de 15 a 18 años, ya que ellos mismos fueron víctimas de delitos internacionales.

⁹¹ ACNUR, Directrices de Exclusión, párr. 28.

Por consiguiente, un niño menor de esa edad mínima no puede ser considerado responsable de un acto excluible⁹². El artículo 40 de la CDN obliga a los Estados a establecer una mínima edad para la responsabilidad penal, sin embargo, aún no hay un reconocimiento universal del límite de edad⁹³.

En vista de las disparidades en el establecimiento de un mínimo de edad para la responsabilidad penal por los Estados y en las distintas jurisdicciones, la madurez emocional, mental e intelectual de cualquier niño/a necesitará ser evaluada, por encima del límite de edad nacional relevante para la responsabilidad penal, con el fin de determinar si el niño tiene la capacidad mental para ser considerado responsable de un delito contemplado en el alcance del artículo 1F. Tales consideraciones son particularmente importantes cuando el límite de edad es menor en la escala pero son relevantes también si no hay prueba de la edad y no puede establecerse que el niño está en, o por encima, de la edad de responsabilidad penal. Cuando más joven es el niño, mayor es la presunción que la capacidad mental requerida no existió en el momento pertinente.

Como en cualquier análisis de exclusión, este se debe realizar en tres etapas si hay indicios de que el niño ha estado involucrado en una conducta que puede dar lugar a la exclusión⁹⁴. Este análisis requiere que: (i) los actos en cuestión sean evaluados de conformidad con los criterios de exclusión, teniendo en cuenta la naturaleza de los actos, así como el contexto y todas las circunstancias individuales en las que ocurrieron; (ii) se establecerá en cada caso, que el niño cometió un delito que está cubierto por uno de los párrafos del artículo 1F, o que el niño participó en la comisión de ese delito en una manera que dé lugar a la responsabilidad

⁹² ACNUR, Documento de Exclusión, párr. 91. Si la edad de responsabilidad delictiva es más alta en el país de origen que en el país de acogida, esto debe tomarse en cuenta a favor del niño.

⁹³ El CRC insta a los Estados a no bajar la edad mínima a 12 años y señala que una edad mayor como los 14 o 16 años, "...contribuye a que el sistema de la justicia de menores [...] trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales..."; véase CRC, *Observación general N° 10* (2007): Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5544.pdf>, párr. 33. Véase también Asamblea General de la ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Las Reglas de Beijing"), A/RES/40/33, 28 de noviembre de 1985, http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm, estipula que "...el comienzo [de esa edad] no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual", art. 4.1.

⁹⁴ Para mayor información sobre exclusión concerniente a niños soldados, ver ACNUR, *Solicitud de Opinión Consultiva de la Oficina del Ato Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados* (ACNUR) relativa a la aplicación de los estándares internacionales sobre exclusión de la condición de refugiado a los niños y niñas soldados, 12 de septiembre de 2005 (en adelante "ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión a niños soldados"), <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7113.pdf>.

penal de conformidad con la normativa internacionalmente aplicable; y (iii) se debe determinar, en casos donde la responsabilidad individual está establecida, si las consecuencias de exclusión del estatuto de refugiado son proporcionales con la gravedad del acto cometido⁹⁵.

CONCLUSIONES

Como hemos destacado a lo largo de este documento, en los últimos años se han logrado importantes avances en Chile en materia de protección de los niños/as refugiados/as y solicitantes de asilo. Se subrayan, la adopción de la Ley de Protección de Refugiados y su Reglamento, en donde se incluye explícitamente el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado de toda persona con independencia de las personas que ejercen su representación legal conforme a la legislación chilena y los procedimientos especiales para menores no acompañados o separados de sus familias.

Asimismo, han resultado fundamentales los programas y proyectos desarrollados por las distintas organizaciones de la sociedad civil en todos los ámbitos, así como los aportes financieros realizados anualmente por el Estado al sostenimiento y desarrollo de los programas de atención a refugiados en Santiago y regiones, los que han permitido alcanzar una mejora progresiva en la atención de las necesidades de los solicitantes de asilo, refugiados y sus familias.

Es importante destacar, en igual sentido, a partir de la aprobación de la ley, el trabajo realizado entre el Servicio Nacional de Menores (SENAME), el Departamento de Extranjería y Migración y el Departamento de la Familia de la Policía de Investigaciones para desarrollar un procedimiento que brinde la protección adecuada a los niños/as solicitantes de asilo y refugiados/as.

Al mismo tiempo, sin embargo, se ha mencionado que la aplicación práctica de dichas normas legales no siempre ha sido consistente y que deben establecerse mecanismos formales de identificación y referencia al sistema de asilo de casos de menores no acompañados o separados, que garanticen debidamente los requerimientos de protección particulares de estos grupos.

En igual sentido, debe promoverse que las buenas prácticas que puedan adaptarse para el caso de menores tengan un impacto positivo también

⁹⁵ ACNUR, Declaración sobre el artículo 1F, p. 7.

sobre el resto del proceso de determinación de la condición de refugiado en el país.

En este sentido, es importante promover la capacitación sistemática de los funcionarios que desarrollan tareas en frontera para asegurar que los/as niños/as no acompañados o separados de sus familias sean admitidos al territorio al presentarse en los pasos fronterizos y sean entrevistados teniendo en cuenta sus necesidades específicas. Asimismo, es fundamental coordinar los procedimientos de manera tal que sean derivados en forma inmediata a los organismos nacionales competentes y que toda persona que manifiesta una necesidad de protección internacional pueda iniciar un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, de acuerdo a lo establecido en la normativa interna e internacional.

A su vez, es fundamental que los procedimientos internos de derivación y atención entre los organismos competentes contemplen lo descrito en los párrafos precedentes, en particular, en lo relacionado a la obligación de nombrar un tutor o responsable legal para los casos de niños/as no acompañados o separados de sus familias y la adopción de medidas de atención y cuidado.

Estas iniciativas deben estar acompañadas por un sistema de información estadística que permita desglosar los datos de los solicitantes de acuerdo con variables de género y edad, a fin de facilitar la identificación de necesidades particulares de la población y el diseño de programas de atención y políticas públicas adecuadas con un enfoque diferencial de las problemáticas específicas de estos grupos.

3 SÒNIA LAHOZ

De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familias

La migración representa oportunidades y desafíos tanto para las sociedades de origen y de destino como para las personas migrantes. La migración puede ser compleja, incluyendo: flujos de refugiados, solicitantes de asilo, comerciantes transfronterizos, migrantes económicos, migrantes que se desplazan por razones ambientales y otros migrantes en situación de vulnerabilidad, como víctimas de trata o tráfico ilícito, menores de edad no acompañados, víctimas de violencia (incluida la violencia de género), de trastornos psicológicos o de traumas durante el proceso migratorio¹. En los procesos migratorios participan tanto hombres y mujeres adultos, como niños, niñas y adolescentes (NNA), ya sea en los países de origen, como en los de destino. Este complejo contexto migratorio, cada vez más evidente en la Región Latinoamericana, exige una respuesta versátil, adaptada a las necesidades individuales de los y las migrantes y las de sus familias, de conformidad con las normas internacionales establecidas para proteger los derechos humanos de todas las personas, con especial atención a las poblaciones más vulnerables: niños, niñas y adolescentes.

Investigaciones recientes advierten sobre las formas en las que la migración puede afectar el desarrollo de NNA, especialmente a aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad socioeconómica². Dichos efectos dependen de múltiples factores como, por ejemplo, su edad, sexo y personalidad; de si viajaron junto a la familia o no; del tiempo de separación; el sexo del progenitor que viajó primero; las condiciones mismas de la migración (regular o irregular, integración laboral de la familia, acogida de la sociedad receptora, etc.); la forma en que se ha producido la migración

¹ IOM (2009). *Irregular Migration and Mixed Flows: IOM's Approach Paper (MC/INF/297)*.

² Transnational Parenthood and Children-Left-Behind, Oslo, Norway, 20-21, November 2008 and the Working Group on Childhood and Migration. Childhood and Migration Conference 2008. Disponible online en <http://globalchild.rutgers.edu/biographies.htm#ac>

(toda la familia a la vez, o por etapas); del tipo de vínculo y relación que se establezca y se mantenga entre los miembros de la familia en la distancia; la relación mantenida con el país de origen desde el país de destino, etc.

Dentro del grupo de NNA afectados por la migración podemos encontrarlos con: aquellos que quedaron en el país de origen sin uno de sus progenitores o sin ambos, los/as que son desplazados a nivel interno, NNA migrantes internacionales no acompañados³ (que llegan a los países en condiciones de extrema vulnerabilidad y que, a su vez, pueden ser solicitantes de asilo, migrantes económicos en situación de regularidad o irregularidad –en búsqueda de oportunidad de trabajo, educación u otras oportunidades de desarrollo–, niños, niñas y adolescentes que migran junto a sus familias –y que a su vez pueden ser también: solicitantes de asilo, migrantes irregulares, o migrantes en búsqueda de reagrupación familiar con otros miembros de la familia–, NNA víctimas de trata, etc.

Si bien la migración puede mejorar las posibilidades y las opciones que NNA tengan en el futuro, muchas de las formas de migración mencionadas, así como el trato que reciben durante el proceso migratorio, o las condiciones en que quedaron en origen, pueden significar graves amenazas a su desarrollo psicosocial y al disfrute de sus derechos.

Este capítulo ofrece una visión de los riesgos, vulnerabilidades y situaciones de violación y negación de derechos de NNA implicados en los procesos migratorios. Debido a que las consecuencias de la migración sobre los niños, niñas y adolescentes dependen de todos los factores antes mencionados, el capítulo pone el foco de atención en los NNA que quedaron en el país de origen –que, bien no viajaron con sus padres migrantes o bien retornaron a su país tras un período de tiempo– y en aquellos que viajaron con sus padres o se reagruparon con ellos en el país de destino, al cabo de equis tiempo de estar separados.

PROTECCIÓN DE NNA EN EL PAÍS DE DESTINO

Dependiendo de las condiciones en las que se realice la migración, así como de los factores en la sociedad de llegada (discriminación⁴, diferen-

³ Menores migrantes no acompañados (también llamados menores no acompañados), según se definen en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de 20 de noviembre de 1989, son NNA que han sido separados de ambos padres y otros parientes y no están siendo atendidos por un adulto que, por ley o costumbre, es el responsable de hacerlo (citado en Unaccompanied Children on the Move, IOM 2012).

⁴ García Coll, C.G., Crnic, K., Lamberty, G., Wasik, B.H., Jenkins, R., Vázquez García, H. & Pipes McAdoo, H. (1996). An integrative model for the study of developmental competencies in minority children. *Child Development*, 67, 1891-1914.

cia entre la sociedad de origen y la de llegada⁵, contradicciones entre los valores familiares y los de la sociedad de llegada⁶, dificultades laborales, económicas y habitacionales⁷, etc.) NNA migrantes van a verse afectados por el proceso migratorio, con la posibilidad de convertirse en un grupo de riesgo, al cual es necesario prestar una especial atención. Los niños, niñas y adolescentes que han emigrado pueden estar viviendo con su/s padre/s o “separados” de ellos, con miembros de sus familias o cuidadores, también pueden vivir solos (menores no acompañados). Por lo general, se asume que los NNA que migran junto a sus padres se encuentran en situaciones más seguras que aquellos que migran de forma independiente. Sin embargo, esto no es siempre cierto: NNA que migraron junto a sus progenitores han sido hallados trabajando en situaciones de explotación junto a ellos, otros ayudan en el negocio familiar, trabajando más horas que los niños, niñas y adolescentes nacionales del país de llegada. Estas situaciones pueden conducir a efectos negativos en su salud, educación e integración en el país de llegada. Además, y en función de múltiples factores, padres y madres de NNA migrantes pueden estar accediendo a empleos precarios, con peores salarios y extensas jornadas laborales⁸ –lo que significa que estos NNA podrían quedar sin la atención y los cuidados

⁵ Véase p. ej. Berry, J.W. (1990). Psychology of acculturation. En J.J. Berman (Ed.), *Cross-cultural perspectives: Nebraska symposium on motivation 1989* (pp. 201-234). Lincoln and London: University of Nebraska Press.; Pawliuk, N., Grizenko, N., Chan-Yip, A., Gantous, P., Mathew, J., & Nguyen, D. (1996). Acculturation style and psychological functioning in children of immigrants. *American Journal of Orthopsychiatry*, 66, 111-121.; Mullen, B. (2001) Ethnophaulisms for ethnic immigrant groups, *Journal of Social Issues*, 57(3), 457-76.

⁶ Véase p. ej. Beiser, M., Dion, R., Gotowiec, A., Hyman, I. & Vu, N. (1995). Immigrant and refugee children in Canada. *Canadian Journal of Psychiatry*, 40, 67-72; Clement, R., Noels, K.A. & Deneault, B. (2001) Interethnic contact, identity, and psychological adjustment: the mediating and moderating roles of communication, *Journal of Social Issues*, 57, 3, 559-78; Dion, K.K. & Dion, K.L. (2001) Gender and cultural adaptation in immigrant families, *Journal of Social Issues*, 57, 3, 511-26; Guarnaccia, P.J. & Lopez, S. (1998). The mental health and adjustment of immigrant and refugee children. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, 7, 537-553; Sluzki, M.D. (1979). *Migration and family conflict*. *Family Process*, 18, 379-390; Nguyen, H.H., Messe, L.A. & Stollak, G.E. (1999) Toward a more complex understanding of acculturation and adjustment, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 30, 1, 5-31.

⁷ Rogler, L.H. (1994). International migrations: A framework for directing research. *American Psychologist*, 49, 701-708.

⁸ El 43% de las mujeres y hombres peruanos, en Chile, se concentran en empleos de baja calificación; el 70% de las mujeres peruanas trabaja en el servicio doméstico (80% de todas las extranjeras que trabajan en este rubro) y, de este porcentaje, cerca del 30% de mujeres peruanas trabaja en la modalidad de “puertas adentro”, de acuerdo a: Stefoni, C., Acosta, E., Gaymer, M. & Casas-Cordero, F. (2008). *Niños y niñas inmigrantes en Chile: entre la integración y la exclusión*. Organización Internacional para las Migraciones OIM. Disponible online en http://www.ucecentral.cl/prontus_ucentral/site/artic/20100722/asocfile/20100722182134/ninos_y_ninas_inmigrantes_en_santiago_de_chile_entre_la_integracion_y_la_exclusion.pdf

adecuados⁹– o pueden hallarse bajo presiones sociales y culturales que generen conflictos intrafamiliares.

El abordaje de los derechos de los NNA migrantes ha cobrado gran importancia en la región sudamericana. Muestra de ello es la declaración de Quito (IX Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Quito, Ecuador, 21 y 22 de septiembre de 2009), en la que se reafirma la decisión de los gobiernos de proteger a los migrantes más vulnerables, especialmente NNA, y la Solicitud de Opinión Consultiva sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes ante la Corte Internacional de Derechos Humanos (en adelante, Solicitud), aprobada en la XIX Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH) en abril de 2011 en Asunción, Paraguay. Si bien la Solicitud reconoce los importantes avances realizados en la adecuación de la normativa migratoria a los estándares del derecho internacional de derechos humanos, también subraya la existencia de una situación grave y pendiente de afectación de los derechos humanos de los NNA que migran por motivos económicos, sociales, culturales o políticos.

Los principales problemas señalados por los Estados del MERCOSUR, en esta Solicitud, se refieren a la falta de articulación entre políticas migratorias y políticas de protección de derechos de la infancia; la falta de capacidad técnica y de acuerdos institucionales apropiados para realizar y valorar las consecuencias lesivas que pueden tener ciertas decisiones, en el marco de procesos migratorios, sobre los derechos de los NNA; la ausencia de sistemas de garantías procesales adecuados; la adopción de medidas restrictivas de la libertad personal de NNA por motivos migratorios; el incumplimiento de principios del derecho internacional de los derechos humanos como, por ejemplo, el derecho de no devolución, de protección de la condición de refugiado y el principio de protección de la vida en familia en las decisiones que se adoptan sobre deportación y expulsión.

Los NNA migrantes forman parte del grupo protegido universal de “niños”. Básicamente, todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes son derechos de NNA migrantes. De ello, se desprende que estos últimos disfrutan de la misma protección que los niños, niñas y adolescentes nacionales en el país de destino. NNA migrantes, además, gozan de los mismos derechos humanos que los adultos. Así, si bien no existe un marco legislativo internacional o regional que abarque directamente

⁹ Farrow, C. (2007, march). *Focus on children in migration from a European research and method perspective*. Warsaw Conference, Poland, 2021.

los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares incluyen a los NNA migrantes. Del mismo modo, las medidas de protección dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), los Convenios de la OIT sobre el trabajo infantil, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, así como el Convenio 138 (Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973), el Convenio 182 (sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999) y la Recomendación 190 de la OIT (sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999).

Una norma fundamental del derecho internacional es que los tratados suscritos libremente por los Estados y que se encuentran en vigor deben respetarse y aplicarse. Este principio *–pacta sunt servanda–* está reconocido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Además, está estipulado que, según el derecho internacional, las obligaciones contraídas por las partes, en virtud de un tratado, tienen prioridad sobre cualquier otra cláusula en conflicto del derecho interno de un Estado.

En esta misma línea, Chile reconoce los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional¹⁰. Concretamente, en cuanto a la promul-

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, promulgada por Decreto Supremo N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, promulgada por Decreto Supremo N° 747, de 1971, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 12 de noviembre de 1971; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgado por Decreto Supremo N° 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por Decreto Supremo N° 778, de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por Decreto Supremo N° 747, de 1992, publicado en el Diario Oficial de 20 de agosto de 1992; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, promulgada por Decreto Supremo N° 808, de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, promulgada por Decreto Supremo N° 789, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 9 de diciembre de 1989; la CDN, promulgada por Decreto Supremo N° 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990; el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía,

gación de la CDN y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Estado Chileno subraya que la suscripción, ratificación y promulgación de dichos Convenios Internacionales:

“...significan para Chile la adscripción de un compromiso con la no discriminación y el respeto por los Derechos Humanos básicos de todos los NNA que viven en Chile. Este compromiso tiene un particular valor en consideración a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, en el cual indica que *‘El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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’*. Por consiguiente, las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile en materia de derechos fundamentales poseen, en ámbito interno, un reconocimiento de la más alta jerarquía”¹¹.

Sin embargo, en muchas situaciones se produce una disparidad entre los derechos de NNA migrantes –tanto en situación regular como irregular–, reconocidos en el derecho internacional, y las dificultades que experimentan en los países donde viven. Esta disparidad, entre los principios acordados por los gobiernos y la realidad diaria de NNA, pone de relieve su vulnerabilidad en términos de dignidad y derechos humanos¹².

Trataremos de analizar algunas de las situaciones de riesgo que pueden significar una vulneración de derechos de los NNA.

- **Vulnerabilidad ante la discriminación**

El artículo 2 (1) de la CDN, junto con los artículos 3 (2) y 4, establece las obligaciones fundamentales de los Estados Partes a respetar y garantizar

promulgado por Decreto Supremo N° 225, de 8 de agosto de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 6 de septiembre de 2003; el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, promulgado por Decreto Supremo N° 248, de 9 de septiembre de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 17 de diciembre de 2003; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, promulgada por Decreto Supremo N° 84, de 2005, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 8 de junio de 2005 y la resolución N° 520, de 1996, de la Contraloría General de la República (Fuente: <http://mail.anfitrion.cl/GobiernoTransparente/minrel/NG/DCTO/2006/12/4444.html>).

¹¹ Fuente: http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/R.E%20N_10654%20SENAME.pdf

¹² Grant, S. (2005). International Migration and Human Rights. Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration.

todos los derechos de la Convención a todos los NNA en su jurisdicción, sin discriminación de ningún tipo. Este principio de no discriminación se aplica a todos los niños, niñas y adolescentes, incluidos los migrantes. En particular, se prohíbe toda discriminación basada en el estado de un NNA como no acompañado o separado, refugiado, migrante (sea en situación regular o irregular) o solicitante de asilo. El principio, así como el énfasis en la responsabilidad del Estado por todos los niños, niñas y adolescentes dentro de su jurisdicción y en la prevención activa de la discriminación de aquellos en situación de vulnerabilidad, es de gran importancia para los NNA migrantes, quienes a menudo se enfrentan a situaciones de discriminación en forma de racismo/xenofobia, violencia racial explícita o exclusión en el sistema educativo y de salud, en desacuerdo con las políticas diseñadas para la integración. Estas vulneraciones de derechos humanos provenientes de situaciones de discriminación afectan gravemente la integración, identidad cultural y desarrollo psicosocial de NNA migrantes.

- **Vulnerabilidad ante la discriminación en la enseñanza: acceso y trato**

En su Observación General sobre el Derecho a la Educación, el Comité de la UNESCO afirmó que “el principio de no discriminación se extiende a todas las personas de edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, incluyendo los no nacionales, y con independencia del estatuto jurídico”¹³. El principio de que la educación de un país debe estar disponible para todos los NNA, independientemente de la nacionalidad, está claramente expresado en el artículo 3 (1) (e) de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha en contra de la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (1690), mediante el cual los Estados Partes se comprometen a “dar a los ciudadanos extranjeros residentes en su territorio el mismo acceso a la educación, que a sus propios nacionales”.

El Comité de los Derechos del Niño¹⁴ (44º período de sesiones) manifestó su preocupación ante las situaciones de discriminación sufridas en Chile

¹³ UN ESCOR, ESC Committee, General Comment N° 13, 1999, para. 34.

¹⁴ El Comité es el órgano de Naciones Unidas que vigila el cumplimiento de los Estados de sus obligaciones respecto a los Convenios ratificados (v. gr. el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares por sus Estados Partes; el Comité de los Derechos del Niño supervisa la aplicación de la CDN por sus Estados Partes). Cuando un país ratifica una Convención, asume la obligación jurídica de aplicar los derechos reconocidos en el Tratado. Con el fin de vigilar el cumplimiento de

por grupos vulnerables, incluidos los NNA migrantes, especialmente en el acceso limitado a la educación. En este sentido, tanto el Informe Alternativo de Chile en respuesta a las principales recomendaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, como los Informes Alternativos enviados al Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas (CMW/C/CHL/1) en respuesta al informe inicial presentado por el Gobierno de Chile, señalan situaciones de discriminación en la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes en los centros educativos. En ellos se apunta, por ejemplo, que a pesar de la existencia de un marco jurídico que promueve la incorporación de estos a los establecimientos educacionales (Circular N° 07/1008 (1531) de agosto 4 de 2005) y la posibilidad de que regularicen su situación migratoria mediante una visa temporaria de estudiante, en la práctica los establecimientos educativos particulares subvencionados exigen a NNA migrantes la presentación de documento de identidad chileno para matricularse por segunda vez. En su informe anual de 2011, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) señala que, si bien el Estado de Chile asegura a todos los niños, niñas y adolescentes el ingreso y manutención en la educación preescolar, básica y media, con independencia del estatus migratorio de sus padres, los requisitos en términos de plazos para la normalización de la documentación de estudios pone en riesgo la continuidad y/o la acreditación de los estudios de los NNA. Al finalizar el año escolar, las calificaciones de los/as estudiantes migrantes que no han normalizado su documentación no ingresan al sistema del Ministerio de Educación, situación que les impide ser formalmente promovidos. El informe de la Red Chilena de Inmigración e Interculturalidad (RedMI) enviado al Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas (CMW/C/CHL/1) y el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de 2010, señalan las mismas situaciones.

El INDH y el informe reportado por el Gobierno de Chile, en respuesta a los requerimientos del Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas, solo reportan la interposición de dos denuncias en 2010 y cuatro en el primer semestre de 2011, respecto al ejercicio del derecho a educación de migrantes, y subrayan que la ley en Chile permite a toda persona extranjera denunciar situaciones de abuso, independientemente de su

esta obligación, los Estados Partes deben presentar informes periódicos al Comité, indicando los progresos y los problemas encontrados en el respeto y la aplicación de los Derechos del Niño. Además del informe del Gobierno, el Comité recibe información de otras fuentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. A la luz de toda la información disponible, el Comité, junto con representantes del Gobierno, examina el informe. Sobre la base de este diálogo, el Comité publica sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como "Observaciones finales".

condición migratoria. Sin embargo, es poco probable que los y las migrantes que no tengan regularizada su situación soliciten la intervención de un órgano del Estado, dado que prima el temor a ser objeto de medidas que puedan afectar su permanencia y posibilidades laborales en el país. Así, no debe tomarse como indicador positivo en cuanto a la aplicación práctica del instructivo, los registros vinculados con el derecho a la educación de los alumnos/as migrantes.

Varios estudios informan, además, de la existencia de cierta intolerancia y prejuicios hacia los NNA migrantes dentro del sistema escolar. Un estudio realizado por UNICEF (2004)¹⁵ apunta que un 46% de los niños, niñas y adolescentes de las escuelas públicas chilenas considera que una o más nacionalidades son inferiores a la chilena (específicamente se percibe cierta superioridad frente a las nacionalidades vecinas como la peruana o boliviana). Se han detectado situaciones de *bullying* dentro de los centros educativos dirigidos a NNA migrantes, por parte de sus pares chilenos. Estudiantes migrantes identifican estas situaciones de discriminación percibida como un problema importante que les produce angustia, estrés y dolor emocional (Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile, 2008¹⁶; Lahoz y Mellado, 2010)¹⁷. Gran parte de estas intimidaciones ocurren en el aula en presencia del profesor/a (29,6%), mientras que los y las maestras, como actores limitantes de estas situaciones, actúan solamente entre el 20,7% de los casos (hombres) y el 15,9% (mujeres) de los casos. En la zona norte del país se han reportado barreras en el acceso y situaciones de discriminación dirigidas a NNA inmigrantes colombianos de descendencia afro, no solo por parte de sus compañeros/as sino también por parte de los y las profesoras y autoridades educativas¹⁸.

Como vemos, la igualdad formal entre NNA migrantes y nacionales, en materia de acceso a la educación en el país de destino, no es suficiente. El artículo 29(1) de la CDN subraya el derecho individual y subjetivo a

¹⁵ UNICEF (2004). Los prejuicios en niños, niñas y adolescentes. Encuesta “la Voz de los Niños sobre Convivencia Escolar y Prejuicios”. Versión electrónica. Disponible en http://www.unicef.cl/unicef/public/centrodoc/listado.php?id_tema_documento=14

¹⁶ Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile, 2008, Informe final (versión abreviada). *Diagnóstico y factibilidad global para la implementación de políticas globales de salud mental para inmigrantes de la zona norte de la Región Metropolitana*, en MINSAL/OIM, http://www.redsalud.gov.cl/archivos/salud_inmigrante/informefinal.pdf, Santiago de Chile.

¹⁷ Lahoz, S. & Mellado, V. (2010). Conductas intimidatorias en la escuela: *bullying* en alumnos/as migrantes de la Comuna de Santiago, Chile. En *Migraciones, Salud y Globalización: entrelazando Miradas*. Santiago de Chile.

¹⁸ Reporte al Comité de Derechos de los Trabajadores migrantes sobre la situación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en Chile. Centro de atención a inmigrantes Ignacio Martín Baró.

una determinada calidad de la educación (Touzenis, 2008)¹⁹. Del mismo modo, el artículo 1(2) de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza subraya que la “enseñanza” abarca sus diversos tipos y grados, y comprende tanto el acceso a la misma como el nivel, la calidad y las condiciones en que se da. Por un lado, el sistema educativo debe valorar y resguardar la diversidad (INDH, 2011)²⁰: los Estados deberían responder a las necesidades especiales de los y las estudiantes migrantes con programas adicionales en el currículum centrados en la enseñanza de su sociedad y cultura, e invertir recursos en psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, mediadores culturales y profesores especializados, con formación adecuada para hacer frente a las necesidades de NNA migrantes y a los procesos de integración escolar que implican tanto a nacionales como a no nacionales. Los programas escolares y libros de texto no deberían contener prejuicios étnicos o nacionales ni transmitir interpretaciones discriminatorias o racistas de la historia, la cultura y la sociedad de otros países o comunidades. Es necesario que el plan de estudios inspire el respeto de los derechos de la diversidad y los derechos humanos. La educación con una perspectiva de derechos humanos debe promover el respeto a la diversidad²¹.

Por otro lado, el ejercicio del derecho a la educación implica la generación de programas formativos capaces de responder a las necesidades especiales de los diferentes grupos de población. Varios estudios demuestran que los NNA que migran a edades más avanzadas logran niveles de educación inferiores (Chiswick y Deb-Burman, 2003²²; González, 2003²³) y acceden a trabajos peor remunerados que los NNA que migran a edades más tempranas (Schaafsma y Sweetman, 2001²⁴). Teniendo esto en cuenta, los programas educativos deberían contrarrestar las dificultades experimentadas por NNA migrantes con medidas especiales para garantizar que no se encuentran en desventaja con respecto a su formación futura de empleo, o a la entrada en la educación superior (Touzenis, 2008)²⁵.

¹⁹ Touzenis, K. (2008). *Human Rights of Migrant Children*, International Migration Law Series N° 15, IOM.

²⁰ INDH, (2011), <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf>

²¹ Committee's *General Comment N° 9 on the Aims of Education*, April 2001 (CRC/GC/2001/1), para. 11.

²² Chiswick, Barry R. & Deb-Burman, Noyana, *Educational Attainment: Analysis by Immigrant Generation* (February 2003). IZA Discussion Paper N° 731. Disponible online en <http://ssrn.com/abstract=389380>

²³ González, A. (2003). Education and Wages of Immigrant Children. *Economics of Education Review* 22, 203-212.

²⁴ Schaafsma, J. & Sweetman, A. (2001). Immigrant earnings: age at immigration matters. *Canadian Journal of Economics, Canadian Economics Association*, 34(4), 1066-1099.

²⁵ Touzenis, K. (2008), *op. cit.*, nota 18.

Finalmente, también deberían atenderse las consecuencias psicológicas que pueden sufrir NNA que han estado separados de sus progenitores, durante un período de tiempo, en el país de origen. Para las hijas e hijos, una madre o padre migrante significa haberla/o perdido temporalmente y, pese a que haya existido comunicación transnacional, va a ser preciso reconstruir el vínculo materno/paterno-filial de manera cotidiana en el país de instalación (García Borrego, 2008²⁶). Cuando niños, niñas y adolescentes migrantes se reúnen con sus padres, los miembros de la familia pueden tener dificultades para adaptarse los unos a los otros. El conflicto resultante es especialmente angustioso para los y las adolescentes, quienes pueden tener problemas para adaptarse nuevamente a la autoridad de los padres o comunicarse con ellos (Ártico, 2003²⁷; Menjívar, 2000²⁸; Smith, Lalonde y Johnson, 2004²⁹). Esta nueva situación tiene obviamente repercusiones en la integración escolar de NNA. El estudio Lahoz y Mellado (2010) señala que, a mayor tiempo de separación, NNA presentaban mayores conflictos con los y las profesoras y un mayor índice de ausentismo escolar.

- **Vulnerabilidad ante el trabajo**

Una especial atención merecen los y las adolescentes que migran con un proyecto laboral, o inmersos en el proyecto laboral familiar. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW) no presenta consideraciones especiales hacia los adolescentes migrantes como trabajadores migratorios, los cuales tendrían necesidades específicas de protección (Touzenis, 2008)³⁰. Es importante reconocer que los y las adolescentes pueden migrar como trabajadores, o puede surgirles la necesidad de trabajar una vez en el país de destino, por lo que es preciso contar con sistemas de protección adecuados a sus necesidades. Esta protección debe incluir un régimen de trabajo especial que les permita tiempo para la

²⁶ García Borrego, I. (2008). Herederos de la condición inmigrante: adolescentes y jóvenes en familias madrileñas de origen extranjero. Tesis Doctoral, Facultad de CC. Políticas y Sociología, UNED, Madrid. Disponible online en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=tesisuned:CiencPolSocIlgarcia&dsID=Documento.pdf>

²⁷ Ártico, C. I. (2003). *Latino families broken by immigration*. New York: LFB Scholarly Publishing.

²⁸ Menjívar, C. (2000). *Fragmented ties: Salvadoran immigrant networks in America*. Los Angeles: University of California Press.

²⁹ Smith, A., Lalonde, R. N. & Johnson, S. (2004). Serial migration and its implications for the parentchild relationship: A retrospective analysis of the experiences of the children of Caribbean immigrants. *Cultural Diversity and Ethnic Minority Psychology*, 10, 107-122.

³⁰ Touzenis, K. (2008), *op. cit.*, nota 18.

educación, el ocio y una adecuada protección de la salud. Sin embargo, la irregularidad en el trabajo y la discriminación pueden fácilmente frustrar este derecho.

La edad mínima y la regulación de horarios y condiciones de empleo son particularmente importantes en lo que respecta a NNA trabajadores. El hecho de que la Convención de la OIT (Convención OIT N° 138, Recomendación de la OIT N° 146) no proporcione lineamientos más específicos supone una debilidad. Por ejemplo, la Recomendación de la OIT N° 146, párr. 12, señala que las condiciones en que niños, niñas y adolescentes estén empleados deberán mantenerse a un nivel satisfactorio y deberían ser supervisadas de cerca. Sin embargo, esta recomendación no especifica el número exacto de horas permitidas dejando demasiado margen de interpretación para su aplicación.

Cuando NNA migrantes trabajan, deben hacerlo bajo las mismas condiciones en que trabajan los y las adolescentes nacionales (artículo 32 de la CDN)³¹, siendo controladas tanto las horas trabajadas como las condiciones laborales y la edad mínima, y garantizando el principio de no discriminación.

El artículo 32 de la CDN debe ser leído conjuntamente con el artículo 31 sobre el derecho al ocio, al juego y la cultura. Para los NNA migrantes que carecen del entorno de protección del que normalmente disfrutaban aquellos que no son migrantes, esta disposición es de suma importancia.

Es indispensable también prestar atención a los NNA hijos/as de migrantes estacionales, quienes, por lo general, acostumbran a migrar con sus padres. Estos niños, niñas y adolescentes migrantes estacionales son particularmente vulnerables al trabajo infantil. Para muchas familias migrantes que trabajan en la agricultura, los productos elaborados por sus hijos/as son esenciales para ganar un salario digno como grupo familiar. Si bien NNA no suelen ser empleados directamente por las fincas, trabajan para cumplir con las cuotas del trabajo de su familia: sin su trabajo, la familia no puede cumplir con la cuota. Las zonas que demandan trabajo de temporada se encuentran a menudo lejos de las escuelas. Además, la admisión en la escuela de los NNA en condiciones de temporalidad puede ser difícil. La ausencia de instalaciones educativas (o de escuelas de calidad) en destino, o de facilidades de acceso en base a la estacionalidad de

³¹ Derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

estos/as alumnos/as dificultan la integración de los y las adolescentes a la educación formal, poniendo en peligro la adquisición de capacidades y la formación de capital humano, y aumentando el riesgo de trabajo infantil. Cuando se trate de migrantes estacionales, es crucial que se ofrezcan instalaciones de educación básica de buena calidad cerca de los lugares de trabajo de las familias migrantes.

- **Vulnerabilidad ante la discriminación en la salud: en acceso y trato**

El Comité de los Derechos del Niño (44º período de sesiones) reconoce las medidas adoptadas por el Estado chileno, en cuanto a la aplicación del principio de no discriminación, en el acceso de NNA migrantes a los servicios de salud. Sin embargo, para muchos y muchas migrantes –especialmente cuando se encuentran en situación irregular– el acceso a la atención de la salud puede ser otorgado *de jure* pero no *de facto*.

Las dificultades en el acceso a los servicios de salud de los y las migrantes pueden ser experimentadas a causa de las barreras del idioma, la falta de conocimiento de los servicios, las actitudes y los valores de los y las profesionales de la salud, falta de recursos y falta de sensibilidad cultural³². Asimismo, los y las migrantes en situación de irregularidad pueden ser reacios a acceder a estos servicios por temor a ser deportados del país. Este tipo de situaciones restringen el acceso de NNA migrantes a los servicios sanitarios.

Además, NNA migrantes pueden internalizar los conflictos debido a sus procesos de integración y a la pérdida de vínculos significativos con el país de origen, y expresándolos como problemas de comportamiento, que pueden dar lugar a que los problemas no sean detectados por los sistemas regulares de salud. Fazel y Stein³³ encontraron que más del 25 por ciento de los NNA migrantes en el Reino Unido tenía importantes perturbaciones psicológicas –más de tres veces el promedio nacional–, las cuales no eran detectadas debido al acceso limitado a los servicios clínicos.

De jure, en Chile se permite el acceso gratuito a la atención en salud para NNA migrantes y mujeres embarazadas, en situación irregular, en las

³² Smith, T. (2003). Separated Children in Europe. Policies and Practices in European Union Member States: a Comparative Analysis. Disponible online en http://www.separated-children-europeprogramme.org/separated_children/publications/reports/index.html#comparative_analysis

³³ Fazel, M. & Stein, A. (2003) Mental health of refugee children: Comparative study. *British Medical Journal*, 327 (7407), 134.

mismas condiciones que la población chilena³⁴. Sin embargo, la atención de NNA al sistema público de salud se ve obstaculizada de facto. Las barreras se refieren a una falta de información sobre el funcionamiento del sistema, a los servicios de salud disponibles, a la incompatibilidad de horarios de atención con la jornada laboral, al temor de asistir a los centros de salud en caso de estar en situación no regular, y a las actitudes de discriminación y prejuicios por parte de los profesionales sanitarios. Los y las migrantes manifiestan sufrir mayor tiempo de espera que la población chilena, recibir un servicio más corto y apresurado, y una atención que manifestaría enfado e indiferencia (Demoscópica, 2009³⁵).

Este trato podría deberse a que las y los profesionales y funcionarios de la salud perciben que la atención a los y las migrantes (incluidos NNA) que no cuentan con residencia en el país, dificulta el cumplimiento de las metas programáticas de sus consultorios, puesto que no reciben recursos por parte de FONASA por las atenciones ofrecidas a esta población, lo que desincentivaría la adecuada atención. Profesionales y funcionarios de salud señalan, además, que la población migrante atendida cambia el perfil epidemiológico de los y las pacientes del consultorio (Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile, 2008³⁶). Según el estudio mencionado, la baja estabilidad en la población migrante en las comunas, e incluso en el país, dificulta la regularidad de la asistencia –necesaria para ciertos controles como el Control del Niño Sano–, lo cual, junto al cambio de perfil epidemiológico señalado, dificulta el cumplimiento de unas metas programáticas que son homogéneas para todos los Centros de Salud, con independencia de la población atendida.

El informe Alternativo de la Red Chilena de Migración e Interculturalidad (RedMI) señala, además, la existencia de una interpretación restrictiva del Convenio entre el Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior (Ordinario N° 3.229) dado que, pese a que se posibilita a los NNA obtener una visa, no garantiza en los hechos que los NNA en situación migratoria irregular puedan acceder al sistema público de salud, dado que se requieren los medios económicos necesarios para poder acceder a dicha atención.

³⁴ Ministerio de Salud, Ordinario N° 3.229, 11 de junio de 2008 en http://webhosting.redsalud.gov.cl/minsal/archivos/salud_inmigrante/Ordinario_sobre_inmigrantes_No_3229_del_110608.pdf

³⁵ Demoscópica, (2009). *Diagnóstico y factibilidad global para la implementación de políticas locales de salud para inmigrantes en la zona norte de la Región Metropolitana*. Disponible online en <http://www.minsal.gov.cl/portal/url/item/71841d2e91f518a1e04001011f015cc6.pdf>

³⁶ Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile (2008), *op. cit.*, nota 15.

Debido a estas situaciones, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (15° período de sesiones) solicitó explícitamente al Gobierno chileno que indicara las medidas adoptadas para difundir y supervisar la aplicación del Oficio Ordinario N° 3.229 en cuanto a la atención, entre otros, de NNA extranjeros, independientemente de su situación migratoria, en cualquiera de los establecimiento de la red pública de salud, así como la posibilidad de su regularización migratoria una vez recibida su primera atención en la red de servicios públicos.

- **Vulnerabilidad ante el incumplimiento del derecho a vivir en familia**

En NNA migrantes, el derecho a vivir en familia se relaciona con las situaciones de reunificación familiar, expulsión/deportación y derecho a una vida digna (PIDESC).

La reunificación familiar es uno de los fundamentos de los programas de migración exitosos. La reunificación facilita la normalización de la vida de los y las migrantes, aportando una mayor estabilidad, favoreciendo su integración y estimulando la participación en la vida económica, social, cultural y política del país de destino.

El hecho de que NNA sean “enviados” al país al que sus padres han migrado va a depender de diferentes factores: el dinero para pagar el viaje, las necesidades y circunstancias de los miembros de la familia en el país de origen y en el de llegada, los deseos expresados por los propios NNA y las opiniones de los padres de lo que es seguro, adecuado y bueno para sus hijos e hijas dependiendo de sus edades y sexos.

Una vez que el grupo familiar decide la reunificación en destino, debe enfrentar una serie de desafíos y oportunidades en su reconfiguración. Según Pedone (2003)³⁷, NNA pueden tener altas expectativas materiales, fruto de los regalos y las remesas que generaron el imaginario del país de destino como un “paraíso”. En múltiples casos, una vez migran, comprueban la precariedad laboral, jurídica y habitacional que viven sus familias, y las dificultades para adaptarse a la nueva sociedad.

³⁷ Pedone, Claudia (2003). “*Tú siempre jalas a los tuyos*”. *Cadenas y redes migratorias de familias ecuatorianas hacia España*. Tesis doctoral, Departamento de Geografía, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.

La reunificación va a implicar, por tanto, el desafío de reconstruir el vínculo afectivo filial que ha sido y está siendo afectado, ineludiblemente, por la separación y por las nuevas condiciones de convivencia familiar en destino (Bryceson y Vuorela, 2002)³⁸. NNA migrantes pueden encontrarse con un cierto “choque” generacional y cultural que incrementa las dificultades en la reconstrucción del vínculo, puesto que deben afrontar prácticas culturales, educativas y familiares diferentes a las que estaban acostumbrados en sus lugares de origen (Pedone, 2004³⁹, 2006; García Borrego, 2008⁴⁰).

Los procesos de la reunificación familiar se están tornando cada vez más difíciles. Dado que muchos países han restringido las posibilidades de migración laboral, particularmente de los sectores menos calificados, los y las migrantes recurren en mayor medida a la reunificación familiar, lo que ha llevado, a su vez, a condiciones más restrictivas sobre este derecho (Touzenis, 2008)⁴¹: el ingreso de los miembros de la familia se ve constreñido a través de pruebas cada vez más difíciles de autosustentabilidad, vínculos más cercanos entre los familiares, y limitaciones en el acceso al empleo. Algunos países requieren que el o la solicitante de reunificación tenga la condición de nacionalidad antes de que tal derecho pueda ser garantizado. La mayoría exige que los y las solicitantes demuestren que disponen de los recursos suficientes para apoyar a los miembros de su familia que se van a acoger a la reunificación, demostrando que no van a recurrir a los fondos públicos del Gobierno.

La ausencia de disposiciones específicas sobre el derecho a reunificación familiar es señalada por el INDH como un asunto especialmente sensible para la población migrante en Chile. La actual legislación migratoria permite que los familiares (cónyuge, padres e hijos/as) del o la migrante residente accedan también a la residencia en calidad de dependientes, lo que no les permite ejercer actividades remuneradas. Esta condición de dependencia tiene repercusiones negativas no solo a nivel económico sino también a nivel psicosocial, dado que impide la autonomía económica de uno de los cónyuges, refuerza su vulnerabilidad ante situaciones de

³⁸ Bryceson, Deborah y Vuorela, Ulla (Eds) (2002). *The Transnational Family. New European Frontiers and Global Networks*. Oxford: Berg.

³⁹ Pedone, C. (2004). La inmigración ecuatoriana: Pros y contras de una estrategia familiar para afrontar la crisis. En: Carrasco, Silvia (Ed.), *Inmigración, contexto familiar y educación. Procesos y experiencias de la población marroquí, ecuatoriana, china y senegambiana* (pp. 129-168). Bellaterra (Barcelona): Universitat Autònoma de Barcelona-Institut de Ciències de l'Educació; Pedone, C. (2006). Los cambios familiares y educativos en los actuales contextos migratorios ecuatorianos: una perspectiva trasatlántica. *Athenea Digital*. 10, pp. 154-171.

⁴⁰ García Borrego, I. (2008), *op. cit.*, nota 25.

⁴¹ Touzenis, K. (2008), *op. cit.*, nota 18.

violencia, promueve el trabajo informal y expone a los hijos a situaciones de vulnerabilidad.

Además, la regulación actual solo hace referencia a los vínculos establecidos a través del matrimonio, excluyendo las relaciones de convivencia. Aun cuando el Gobierno chileno ha informado al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que en la práctica la gestión migratoria ha ampliado el concepto de “familiares” y, reconociendo que otras formas análogas, como es el caso de la convivencia, pueden producir efectos similares a los del matrimonio, la ausencia de disposición explícita al respecto deja sujeta su aplicación a la discrecionalidad de los/as funcionarios/as que analizan cada caso (INDH, Informe 2011).

En este sentido, la CDN subraya explícitamente que todo NNA tiene derecho a ser cuidado por sus padres⁴². De acuerdo con el artículo 10 de la CDN, las solicitudes presentadas por un NNA o por sus padres para entrar o salir de un Estado con el propósito de la reunión de la familia deben ser atendidas por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita⁴³. El artículo 10 de la Convención se refiere al derecho a la reagrupación familiar de los NNA que están, o cuyos padres están, involucrados en la entrada o salida de un país. El artículo insta a los Estados a hacer frente a la reunificación familiar y permitir a los padres y los NNA a visitarse unos a otros si viven en Estados diferentes.

Dentro del derecho a la vida en familia cobran gran importancia, para NNA migrantes, las situaciones referentes a los procesos de repatriación o expulsión de sus padres. Tal como señala la Solicitud de Opinión Consultiva sobre los Derechos de los NNA migrantes ante la Corte Internacional de Derechos Humanos, es imprescindible revisar los mecanismos regionales de expulsión de los padres y/o madres de NNA (ya sean estos migrantes o hijos/as de migrantes) bajo un paradigma basado en el respeto a los derechos de NNA, que priorice, entre otros, el derecho a la vida familiar y el derecho a un desarrollo integral. Mientras que la unidad familiar es un principio fundamental de la Convención, el texto del artículo 10 es notablemente más débil que el del artículo 9, en la medida en que el derecho

⁴² CDN, Art. 7.

⁴³ El artículo 10 de la CDN establece que los Estados Partes respetarán el derecho del niño y sus padres a salir de cualquier país, incluso del propio, y a entrar en su propio país. Por lo tanto, no existe el derecho a entrar en un país distinto del propio. La CDN no trata de ampliar el derecho a la reunificación familiar a un derecho de entrar a los miembros de la familia, que queda a discreción de cada Estado.

a la reagrupación familiar no está expresamente garantizado (Touzenis, 2008)⁴⁴. Esta redacción provisional del artículo 10 reflejaría la preocupación de los Estados receptores de migrantes, sobre el control migratorio.

La palabra “humano” en el artículo 10 especifica y consolida la palabra “positivo”. Por ejemplo, en los casos donde sobre los padres pese una orden de expulsión o deportación, pero sus hijos/as han adquirido el derecho a la nacionalidad del país de llegada, y están inmersos en el proceso de integración, podría ser más humano permitir a la familia permanecer en el país que deportar a los padres, a pesar de que, en ambos casos, la familia permanezca unida. Las deportaciones de NNA conjuntamente con su familia interrumpen su educación y puede exponerlos a riesgos adicionales.

Finalmente, la vulneración de derechos de las y los migrantes adultos afecta directamente el desarrollo y bienestar de sus hijos/as. Nos referimos específicamente al derecho a una vida digna (artículo 7 PIDESC), según el cual los Estados reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren los medios de existencia dignos para ella y para su familia, conforme a las disposiciones del PIDESC. En este sentido, el INDH ha señalado la interposición de 959 denuncias de personas migrantes en Chile a la Dirección del Trabajo, durante los años 2009 y 2010 (59,4% realizadas por mujeres), principalmente provenientes de personas de nacionalidad peruana, colombiana, boliviana y ecuatoriana. Estas denuncias hacen referencia a situaciones de no pago de salario mínimo y horas extras, informalidad en la contratación (“contrato sin escriturar”), irrespeto a las normas de protección de la maternidad, vulneración de normas de higiene y seguridad laboral, y no pago de cotizaciones y fondo de pensiones. Obviamente, estas condiciones de precariedad laboral afectan la situación familiar y, por ende, la situación de NNA hijos de migrantes, dificultando su integración en el país de destino, y su desarrollo y bienestar psicosocial, tanto en origen como en destino.

PROTECCIÓN DE NNA EN EL PAÍS DE ORIGEN

En Chile, la nacionalidad y la clase social de los y las migrantes se erigen como categorías estructurantes de los procesos de inserción social⁴⁵, lo que directamente va a incidir en la decisión de migración familiar a un tiempo o por etapas, y en el tiempo en que NNA estén separados de sus padres migrantes, en el país de origen. Las y los migrantes peruanos y los

⁴⁴ Touzenis, K. (2008), *op. cit.*, nota 18.

⁴⁵ Stefoni *et al.* (2008), *op. cit.*, nota 8.

ecuatorianos de menos recursos económicos demoran –según Stefoni *et al.* (2008)– más tiempo en realizar la reunificación familiar, que otros grupos de migrantes (como los argentinos o los ecuatorianos de sectores medios y acomodados que, o bien viajan con la familia, o se demoran mucho menos tiempo), debido a las dificultades económicas y legales en las que se encuentran, y a la menor disponibilidad de recursos.

Además debe tenerse en cuenta que los patrones de migración no son unidireccionales y el proceso migratorio de NNA no es siempre lineal. Debido a una serie de factores, que incluyen la distancia en pautas y valores entre la comunidad de origen y la de llegada, así como la conducta de los NNA en su proceso de inserción social, estos pueden ser enviados de vuelta al hogar. Algunos padres y/o madres pueden experimentar frustración y sentirse amenazados por el hecho de que los nuevos valores y conductas culturales de la sociedad de llegada vayan calando en sus hijos e hijas, mostrándose más estrictos, y generando una pérdida importante de libertad de los hijos en sus nuevos hogares (Suárez-Orozco y Suárez-Orozco, 2003)⁴⁶. Esto choca también con la sensación de libertad que tenían los hijos en el país de origen, mientras estaban con sus cuidadores, lo que les hace más reticentes a aceptar la nueva autoridad parental/maternal. Ante esta situación, no es extraño que los hijos sean enviados de vuelta a casa, cuando los padres consideran que se portan mal o que están perdiendo los valores inculcados en el país de origen (Grasmuck y Pessar, 1991⁴⁷; Levitt, 2001⁴⁸).

Los NNA que se quedaron en el país de origen, tanto si no viajaron con sus padres o si retornaron a su país de origen después de un período de tiempo, pueden estar al cuidado de uno de sus padres –si este/a se quedó–, de otros familiares, cuidadores o, incluso a veces, solos, con sus hermanos/as menores. El impacto de la migración en los NNA que quedan en el país de origen es difícil de valorar⁴⁹.

En la migración por etapas o en cadena, uno o más adultos migran primero y poco a poco van recibiendo a los otros miembros de la familia, a la vez que, por un lado tratan de mejorar las situaciones familiares en el país de origen y, por otro, preparan las condiciones necesarias para que estos familiares, a menudo la pareja y los hijos, puedan venir a vivir con ellos en el país de destino. Por lo general, en este proceso, los NNA suelen ser los últimos en migrar, en parte debido a las preocupaciones de los padres sobre

⁴⁶ Suárez-Orozco, C. & Suárez-Orozco, M. (2003). *La infancia de la inmigración*. Madrid: Morata.

⁴⁷ Grasmuck, S. & Pessar, P. (1991). *Between two islands: Dominican international migration*. Berkeley: University of California Press.

⁴⁸ Levitt, P. (2001). *The transnational villagers*. Los Angeles: University of California Press.

⁴⁹ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas y UNICEF. Foro Global sobre la Migración y el Desarrollo, 2007, <http://www.gfmd-fmmd.org>.

los peligros y costos de la migración de sus hijos, así como a su deseo de que los NNA sean educados en su país de origen (Hondagneu-Sotelo, 1994⁵⁰; Levitt, 2001⁵¹; Massey, Alarcón, Durand y González, 1987⁵²). Dependiendo de cómo la familia resuelva estos procesos, la decisión de que los hijos e hijas viajen va a demorar en el tiempo. Cuando los NNA no migran con sus padres, su cuidado depende de la voluntad de los familiares o cuidadores para cubrir sus necesidades y de los recursos financieros que las familias migrantes son capaces de enviar.

Si bien algunos estudios indican que las remesas enviadas por los y las migrantes ayudan a reducir el nivel general de pobreza, fomentan el desarrollo económico de sus familias en el país de origen y permiten un mayor acceso a salud y educación de los y las receptoras de remesas⁵³, otros subrayan los efectos negativos de la ausencia de uno o ambos progenitores en el desarrollo psicosocial de NNA, señalando que la separación, debido a la migración, va a colocarlos en una situación de vulnerabilidad y pueden estar sujetos a un incremento de la violación de sus derechos⁵⁴. Su bienestar psicológico queda afectado por sentimientos de abandono, baja autoestima, ira, depresión, obsesión por lo material e, incluso, violencia. Así también, el aumento de las responsabilidades en el hogar, la falta de motivación y la falta de apoyo directo de los padres puede afectar enormemente el funcionamiento académico de los NNA.

Estas consecuencias psicológicas y emocionales varían en función del sexo. Mientras que las estrategias de afrontamiento de los niños generalmente incluyen la externalización del dolor y de la frustración, siendo más propensos a tener problemas en las relaciones interpersonales, las niñas tienden a internalizar su sufrimiento, experimentando estados de ánimo negativo y baja autoestima (Jones, Sharpe y Sogren, 2004⁵⁵).

⁵⁰ Hondagneu-Sotelo, P. (1994). *Gendered transitions: Mexican experiences of immigration*. Berkeley: University of California Press.

⁵¹ Levitt, P. (2001). *Op. cit.*, nota 47.

⁵² Massey, D., Alarcón, R., Durand, J. & González, H. (1987). *Return to Aztlan: The social process of international migration from western Mexico*. Berkeley: University of California Press.

⁵³ OIM/INEI (2010). *Perú: Remesas y desarrollo. Organización Internacional de Migraciones, Perú*. Lima: OIM- Instituto Nacional de Estadística e Informática. Disponible online en <http://www.inei.gov.pe/BiblioINEIPub/BancoPub/Est/Lib0929/Libro.pdf>

⁵⁴ Sexagésimo cuarto período de sesiones Tema 71 (c) del programa provisional: Promoción y protección de los derechos humanos: situaciones de derechos humanos e informes de relatores y representantes especiales: 33. El Relator Especial observa que la migración afecta a los NNA criados en sus países de origen, que han quedado en este tras la migración de sus padres o adultos responsables. Los NNA en esta categoría no son a menudo tenidos en cuenta en las leyes, programas y políticas que se ocupan de los NNA en general y de la migración, en particular.

⁵⁵ Jones, A., Sharpe, J. & Sogren, M. (2004). Children's Experiences of Separation from Parents as a Consequence of Migration. *Caribbean Journal of Social Work* 3, 89-109.

Existen investigaciones que señalan problemas de conducta en los NNA que quedaron en el país de origen, que se traducen en una relación particular con los recursos materiales. Los padres migrantes tratan de compensar su ausencia mediante el envío de una cantidad significativa de recursos materiales en forma de remesas y regalos, que puede generar un mayor apego, por parte de sus hijos, a los bienes materiales y que resulta en una pérdida de valores y el deterioro del amor y el respeto a sus padres ausentes (Crawford-Brown, Claudette, 1994)⁵⁶. Si bien las remesas pueden suponer un incremento de las oportunidades de los niños a la educación, esto no necesariamente es siempre así. Los estudios muestran, por ejemplo, que el destino de las remesas va a depender del sexo de la persona que recibe las remesas. Mientras que las mujeres tienden a priorizar las necesidades de la familia, como alimentos, ropa, casa, educación y salud, los hombres suelen utilizar los recursos recibidos para el ahorro y las inversiones destinadas a generar mayores beneficios en el futuro⁵⁷.

El acceso a la educación también se ha relacionado con un detrimento del trabajo infantil (OIM, 2006)⁵⁸. NNA receptores de remesas presentan mejores índices de salud y de escolaridad, disminución de la deserción escolar (Cox-Edwards y Ureta, 2003⁵⁹) lo que redundaría en una reducción de la dependencia de la mano de obra infantil para la subsistencia familiar (Basu y Van, 1998⁶⁰; Basu, 1999⁶¹). Sin embargo, las dificultades socioeconómicas de los padres en el país de llegada pueden impedir el envío de remesas y provocar una sustitución entre las tareas del hogar y la escuela, especialmente entre las adolescentes (McKenzie y Rapoport, 2006)⁶². Algunos estudios recientes muestran, además, como el estado de recesión actual en los países donde trabajan los y las migrantes provoca una dis-

⁵⁶ Crawford-Brown, C. & Rattray, M. (1994) *The "Barrel Children" of the Caribbean: The Socio-cultural Context of the Migrant Caribbean Family*. Dept. of Sociology and Social Work UWI, Mona, Jamaica: ISER.

⁵⁷ Cortés, R. (2007). *Remittances and Children's Rights: An Overview of Academic and Policy Literature*. UNICEF Division of Policy and Planning. Working Papers. Disponible online en: <http://www.innovativefinance-oslo.no/pop.cfm?FuseAction=Doc&pAction=View&pDocumentId=11654>

⁵⁸ IOM (2006). *Migrants' Remittances and Development: Myths, Rhetoric and Realities*. Ginebra: IOM. Disponible online en: http://publications.iom.int/bookstore/free/Migrants_Remittances.pdf

⁵⁹ Cox-Edwards, A. & Ureta, M. (2003). International migration, remittances and schooling: Evidence from El Salvador. *Journal of Development Economics*, 72 (2): 429-61.

⁶⁰ Basu, K. & Van, P. H. (1998). The Economics of Child Labor. *American Economic Review*, June, 88 (3), 412-27.

⁶¹ Basu, K. (1999). Child Labor: Cause, Consequence, and Cure, with Remarks on International Labor Standards. *Journal of Economic Literature*, 37 (3), 1083-1119.

⁶² McKenzie, D. & Rapoport, H. (2006). *Migration and education inequality in rural Mexico*. INTAL-ITD Working Paper 23. Disponible online en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=33016402>

minución en el envío de remesas que, a su vez, incide en el aumento de la deserción escolar y en el aumento del trabajo infantil (Acaraz, Chiquiar y Salcedo, 2010)⁶³.

Algunas investigaciones (Pedone, 2003; Gaitán, 2008; Dreby, 2007⁶⁴, 2010) señalan, además, que la ausencia de la madre y/o el padre puede afectar a los hijos/as en su rendimiento escolar (Whaba, 2001⁶⁵; Hanson y Woodruff, 2003⁶⁶). La falta de presencia física y de orientación afecta el rendimiento académico dependiendo de la edad de los NNA. Si los padres migraron cuando sus hijos tenían entre 11 y 13 años, las investigaciones señalan que la ausencia provoca una propensión a las peleas en la escuela e, incluso, la deserción escolar, debido a problemas en el afrontamiento de la pérdida o al deber de hacerse cargo de hermanos menores. Cuando la migración de los padres se produce a la edad 14-18 años, en algunas ocasiones, estos adolescentes se ven obligados a asumir roles de los padres sustitutos, lo que se ha denominado “parentificación” (D’Emilio, Cordero *et al.*, 2007)⁶⁷.

La disminución en el rendimiento escolar de los niños y niñas se ha justificado porque algunos niños, especialmente los más pequeños, experimentan sintomatología depresiva tras la partida de los padres (Ehrenreich y Hochschild, 2002; Hondagneu-Sotelo y Ávila, 1997). En el caso de los adolescentes la mala conducta consecuente de la ausencia de los padres puede también afectar su rendimiento escolar. Otros manifiestan sentirse incómodos en la escuela a causa de la presión de sus pares (Bernhard, Landolt y Goldring, 2005⁶⁸; Chang, 2000⁶⁹; Constable, 1999⁷⁰).

⁶³ Alcaraz C., Chiquiar, D. & Salcedo A. (2010). Remittances, Schooling, and Child Labor in Mexico. Por aparecer en *Journal of Development Economics*. (Documento de Investigación Núm. 2010-14, Banco de México).

⁶⁴ Debry, J. (2007). Children and Power in Mexican Transnational Families. *Journal of Marriage and Family*, 69, 1050-1064.

⁶⁵ Wahba, J. (2001). Temporary labor migration in agricultural households: implications for gender differences in school enrollment. En D. Salehi-Isfahani (ed.), *Labor and human capital in the Middle East: studies of markets and household behavior* (pp. 195-234). Reading UK: Ithaca Press.

⁶⁶ Hanson, G. & Woodruff, C. (2003). *Emigration and educational attainment in Mexico*. San Diego: University of California. Mimeo.

⁶⁷ D’Emilio, A.L., Cordero, B., Bainvel, B., Skoog, C., Comini, D., Gough, J., Dias, M., Saab, R. & Kilbane, T. (2007). *The impact of International Migration: Children left behind in selected countries in Latin America and the Caribbean*. UNICEF.

⁶⁸ Bernhard, J. K., Landolt, P. & Goldring, L. (2005). *Transnational, Multi-Local Motherhood: Experiences of Separation and Reunification among Latin American Families in Canada*. Early Childhood Education Publications and Research. Paper 6. <http://digitalcommons.ryerson.ca/ece/6>

⁶⁹ Chang, G. (2000). *Disposable Domestic: Immigrant Women Workers in the Global Economy*, Cambridge, Massachusetts, South End Press.

⁷⁰ Constable, N. (1999). At Home but Not at Home: Filipina Narratives of Ambivalent Returns. *Cultural Anthropology* 14, (2), 203-228.

Finalmente, el hecho de que muchos NNA hayan quedado a cargo de sus abuelos/as, puede generar una falta de soporte académico, debido a que la brecha intergeneracional, a nivel de educación, valores y conocimiento tecnológico, es demasiado grande.

En el caso de las niñas, otras investigaciones han señalado que, si bien dependiendo de la edad ellas van a esforzarse en retribuir la migración materna, realizando el trabajo doméstico y de cuidado de hermanas y hermanos más pequeños –lo que antes hacían sus madres–, también van a tratar de conseguir excelentes resultados escolares. Por su parte, los niños también intentan responder con el trabajo académico y, en ocasiones, pueden sentir la necesidad de proteger al resto de sus hermanas y hermanos de menor edad asumiendo una función protectora (Salazar Parreñas, 2003).

La evaluación del impacto de la migración desde el punto de vista de los derechos humanos en los NNA que quedan en el país de origen tiene, como se observa, una dimensión de género que requiere una cuidadosa consideración por parte del Estado. Informes de los Relatores de Naciones Unidas sobre derechos humanos de los migrantes (E/CN.4/2002/94/Add.1) señalan que las niñas y adolescentes mujeres que quedan en el país de origen corren el riesgo de ser obligadas a asumir tareas no adecuadas a su edad y que les son asignadas por su rol de género, además de estar expuestas a maltrato físico, psicológico y sexual por parte de los parientes o vecinos.

Son necesarias más investigaciones para determinar las condiciones bajo las cuales la migración parental puede ser beneficiosa para NNA y reducir, además, el trabajo infantil. Dichas investigaciones deben incluir la edad y la dimensión de género. Además se hace imprescindible desarrollar medidas que mitiguen los efectos negativos de la ausencia parental y/o maternal en el desarrollo psicosocial de NNA.

La CDN presta especial atención al papel de la familia en la atención al niño y a las necesidades especiales de protección de los niños privados de su medio familiar⁷¹. Sin embargo, las políticas de protección social no abordan, por lo general, las necesidades específicas de los hijos e hijas de migrantes que quedan en el país de origen. Como se ha visto, esta población manifiesta unas necesidades específicas que no son precisamente compensadas por las posibles ganancias resultantes de las remesas. NNA que quedaron en el país de origen son a menudo ignorados en las políticas gubernamentales, ya que se consideran más privilegiados que los NNA

⁷¹ UNHCR, Guidelines on Determining the Best Interests of the Child.

que no tienen posibilidad de recibir remesas, quedando por tanto excluidos de los principales grupos destinatarios de interés para las políticas tradicionales de protección social (De la Garza, 2010)⁷².

Además, independientemente de si efectivamente las remesas –si estas son recibidas por la familia o cuidadores que quedaron en origen– tienen repercusiones positivas o no para el desarrollo psicosocial de NNA, estas no deben ser sustitutas de las políticas públicas y marcos institucionales necesarios para afrontar la posible exclusión y desigualdades en el acceso y prestaciones de servicios sociales. Son los Estados los que firman y ratifican las convenciones internacionales como la CDN, y no los sujetos individuales, y son por tanto ellos los responsables de tratar de adaptar sus políticas públicas para dar cuenta de los compromisos adoptados. Bajo la CDN, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes como, por ejemplo, prestar asistencia apropiada a los tutores legales en sus responsabilidades respecto a la crianza de los hijos (artículo 18(2)). También las políticas estatales de origen deben proteger el derecho a la educación –consagrado en el artículo 26 de la DUDH (Declaración Universal de los Derechos Humanos) y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)–, ya que es crucial para proteger a los NNA y ayudar a su desarrollo y empoderamiento. Es importante destacar que, mientras que el respeto de este derecho en el país de destino de NNA migrantes promueve, entre otras cosas, la integración, el respeto en los países de origen en los que quedaron los niños, niñas y adolescentes hijos de migrantes, hace menos atractiva y necesaria que NNA migren en condiciones no satisfactorias⁷³. Como un derecho de empoderamiento⁷⁴, la educación de calidad es el vehículo principal para que NNA salgan de la pobreza y adquieran los medios necesarios para participar plenamente en

⁷² De la Garza, R. (2010). “Migration, development and children left behind”, Social and Economic Policy Working Papers, New York. Disponible online en: http://www.unicef.org/socialpolicy/index_53719.html

⁷³ La migración de la familia completa o la posterior reunificación familiar no es siempre la mejor solución para los NNA en cuanto a su bienestar y desarrollo psicosocial, especialmente cuando el estatus migratorio de los padres es irregular, cuando no se cuenta con la familia extensa como proveedora de apoyo, cuando existen situaciones de discriminación, deprivaciones económicas o cuando el acceso a servicios sociales (salud, educación, etc.) se ve dificultado (Bernhard *et al.*, 2005, *op. cit.*, nota 67).

⁷⁴ Los Objetivos de Desarrollo del Milenio plantean la enseñanza primaria universal, promoviendo la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Estos objetivos requieren que para 2015 todos los NNA deben poder finalizar un ciclo completo de enseñanza primaria, así como la eliminación de las disparidades de género en la educación primaria y secundaria para 2005.

sus comunidades⁷⁵. El asegurar los principios fundamentales del interés superior del niño, la participación, el desarrollo, la evolución de las facultades y la no discriminación, el aunar esfuerzos para eliminar las peores formas de trabajo infantil, y el asegurar el acceso a la educación de todos los NNA, entre otras medidas, es competencia del Estado.

CONCLUSIONES

Los dispares procesos migratorios en los que participan NNA, tanto si quedaron en el país de origen como si viajaron con uno de su progenitores o con ambos, en el mismo instante o tras un período de separación, generan efectos diferenciales en su desarrollo psicosocial. La falta de información estadística sobre estos efectos en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes que han quedado en el país de origen o sobre los desplazamientos mundiales de NNA⁷⁶ dificulta la formulación y aplicación de políticas que tengan en cuenta sus necesidades específicas. De ello se deriva la necesidad de aunar esfuerzos en investigación y recopilación de datos, con el objeto de cubrir la carencia estadística, abordar los diversos impactos de la migración en el desarrollo psicosocial infantil, identificar las situaciones de riesgo en que se encuentran NNA para el ejercicio de sus derechos, así como las necesidades de protección y asistencia, nacional e internacional, y promover políticas eficientes y efectivas con el objetivo de minimizar los efectos identificados. En esa misma línea, el Relator Especial sobre DDHH de los y las migrantes, J. Bustamante, alentó el intercambio de información entre los Estados acerca de los principales indicadores de los efectos de la migración en niños, niñas y adolescentes y de los problemas comunes y las mejores prácticas para corregir las deficiencias en su protección detectadas, a todos los niveles⁷⁷. Esta necesidad de cooperación interestatal es también recogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁷⁸, la que en su Tercera Comisión (A/64/439/Add.2 (Part II), de diciembre de

⁷⁵ UN ESCOR, ESC Committee, 21st Session, General Comment N° 13 on the right to education (Article 13), UN Doc. E/C, 12 October 1999, para. 1.

⁷⁶ En informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes se señala que “no se dispone de información estadística precisa sobre el número de niños que toman parte en el proceso de migración internacional. La edad no es una variable que se utilice habitualmente en el desglose de los datos estadísticos sobre la migración internacional” (UN General Assembly (A/HRC/11/7): *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*”, Jorge Bustamante, 14 May 2009, párr. 20).

⁷⁷ Recomendación del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (A/HRC/11/7).

⁷⁸ La Asamblea General es el principal órgano deliberativo, de formulación de políticas y representativo de las Naciones Unidas. La Asamblea, integrada por los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, proporciona un foro para el debate multilateral de toda la gama de cuestiones internacionales

2009), exhorta a los Estados Partes a “promover y proteger eficazmente los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, especialmente de las mujeres y los NNA, y a abordar la migración internacional a través de la cooperación internacional, regional o bilateral y el diálogo a través de un enfoque integral y equilibrado, reconociendo las funciones y responsabilidades de los países de origen, tránsito y destino en la promoción y protección de los derechos humanos de todos los migrantes, y evitar enfoques que pudieran agravar su vulnerabilidad”.

Como hemos señalado, NNA en el país de origen pueden estar expuestos a diferentes situaciones de riesgo que demandan ser atendidas. El Relator Especial recomienda a los Estados la elaboración de políticas públicas para abordar la situación de estos niños, niñas y adolescentes que quedaron en sus países de origen, que la situación de estos NNA sea incluida en el programa de los debates internacionales sobre cuestiones relacionadas con la migración y que todas las entidades vinculadas realicen estudios para entender mejor los efectos de los procesos migratorios en su bienestar y disfrute de derechos humanos. La Asamblea General de Naciones Unidas (resolución A/RES/58/190, marzo de 2004) exhorta a los Estados de origen a promover y proteger los derechos humanos de los NNA cuyos padres hayan emigrado, y alienta a las organizaciones internacionales a que consideren apoyar a los Estados a este respecto⁷⁹.

Si bien las políticas sociales en los países de origen son un factor fundamental a la hora de determinar y atender el impacto de los NNA afectados por procesos migratorios, la responsabilidad de los Estados de origen no queda delimitada geográficamente al interior de sus fronteras, sino que los Estados deben, además, a través de sus oficinas consulares, velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los NNA que sean nacionales de su Estado⁸⁰, así como prestar ayuda y asistencia cuando esta sea requerida.

que abarca la Carta. La Asamblea celebra en forma intensiva un período ordinario de sesiones cada año, de septiembre a diciembre.

⁷⁹ En este sentido, las Organizaciones Internacionales han aunado esfuerzos para apoyar y asesorar a los Estados en el abordaje de estas situaciones. Cabe señalar, por ejemplo, grupos de trabajo globales que abordan cuestiones relacionadas con NNA migrantes: el Grupo de Trabajo tripartito de la OIM en Ginebra junto a UNICEF y ACNUR, el Grupo de trabajo “Niños en Movimiento”, presidida por el Movimiento Mundial en favor de la Infancia (GMC) y que incluye UNICEF, la OIT, el ACNUR, Save the Children, la Fundación Oak, Visión Mundial, y TDH, y el Grupo Mundial sobre Migración (GMG).

⁸⁰ Convención de Viena sobre relaciones consulares (entrada en vigor el 19 de marzo de 1967).

En cuanto a los países de destino de los NNA migrantes, la resolución A/RES/59/261 (febrero de 2005) adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que garanticen el disfrute de todos los derechos humanos a niños, niñas y adolescentes migrantes así como el acceso a la atención en salud, servicios sociales y la educación de buena calidad, y a asegurar la protección y asistencia especiales que necesiten. De manera similar, en la resolución A/RES/64/166 de marzo de 2010 se exhorta a los Estados a que protejan los derechos humanos de los NNA migrantes “en vista de su vulnerabilidad, velando por que el interés superior del niño sea la consideración principal en sus políticas de integración, retorno y reunificación familiar”.

Si bien es cierto que en los países receptores de migrantes se puede producir una tensión entre las políticas de salvaguarda y protección de NNA migrantes y las políticas de control migratorio, es perentorio, sin embargo, conciliar estos objetivos en una política migratoria que tenga en cuenta la necesidad de protección y promoción del bienestar de niños, niñas y adolescentes migrantes. El punto de partida es el reconocimiento de que NNA sujetos a políticas migratorias son, en primer lugar, niños, niñas y adolescentes, y en segundo lugar, migrantes⁸¹.

En resumen, toda política migratoria tiene un efecto directo en el disfrute de los derechos humanos de NNA, por lo que resulta imprescindible el desarrollo de un marco jurídico apropiado, acorde a los instrumentos internacionales, tanto en los países de origen como en los de destino, enfocado a la protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, y regido por principios fundamentales, como el del interés superior del niño, la no discriminación y el derecho de NNA a ser oídos en todas las decisiones que les afecten.

La protección efectiva de los derechos humanos de los NNA debería quedar garantizada en los Estados de origen y destino en todas las etapas del proceso migratorio, por lo que se precisa la concertación de acuerdos bilaterales y multilaterales basados en las normas y reglas internacionales vigentes en materia de derechos humanos, así como la intensificación de la cooperación en el plano regional para proteger a los niños migrantes⁸², teniendo la debida cuenta de los aspectos de género de la migración y las repercusiones en materia de derechos humanos que pudiera tener para

⁸¹ ILPA, *Child first, migrant second: ensuring that every child matters*, 2006. Disponible online en http://www.ilpa.org.uk/publications/ilpa_child_first.pdf.

⁸² Recomendación del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (*op. cit.*, nota 76).

los niños y las niñas cualquier medida relacionada con la migración que tenga previsto adoptar, incluidos los programas, las políticas y las leyes, y corregir las deficiencias existentes en cuanto a la protección.

Además, y dada la importancia de la familia en el desarrollo psicosocial de NNA, los programas, políticas y acuerdos bilaterales deben preservar la unidad de la misma, incluso facilitando la reunificación familiar y la interacción entre sus miembros, teniendo presente el indispensable equilibrio entre la necesidad de proteger la unidad de la familia y el interés superior del niño⁸³.

A nivel internacional, sería también preciso desarrollar políticas y legislaciones específicamente dirigidas a la salvaguarda de derechos de todos los NNA migrantes. El hecho de que la CDN sea válida para todos niños, niñas y adolescentes no es suficiente para satisfacer las necesidades específicas de aquellos que son migrantes (Touzenis, 2007). Según Touzenis (2007) sería preferible que existiera un articulado dirigido particularmente a este grupo de NNA, del mismo modo que se han creado instrumentos concretos en relación a los y las migrantes, como la Convención sobre la Protección de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, pese a que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la mayor parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) son aplicables a todas las personas.

En Chile, la regulación de la migración se rige por el Decreto Ley N° 1.094, de 1975 y el Decreto Supremo N° 597 de 1984 (que a su vez se remiten al Decreto con Fuerza de Ley N° 69 del 27 de abril de 1953). Debido a la antigüedad de dicho marco normativo y a los contextos sociopolíticos en que dichas normas fueron adoptadas, a la fecha resultan desfasadas en el abordaje tanto de las necesidades de las y los migrantes que recibe, como de las del propio Estado. En los últimos años, sin embargo, el Estado chileno ha tratado de adecuar su legislación y políticas públicas en materia migratoria, bien a través de amnistías y procesos de regularización migratoria, bien a través de la coordinación intersectorial entre ministerios, particularmente entre el Ministerio del Interior y los Ministerios de Salud y de Educación y el Servicio Nacional de Menores, con miras a asegurar el pleno goce del derecho a la educación de NNA migrantes y del derecho a salud de mujeres embarazadas y NNA migrantes en condición de irregularidad, y el acceso a todo niño, niña y adolescente

⁸³ *Ibid.*

migrante a la red de protección social de Chile, sin importar su situación administrativa o la de sus padres (INHH, 2011). Sin embargo, estos cambios no abordan todas las dimensiones necesarias para garantizar el goce de derechos de los NNA migrantes: debe asegurarse que aquellos que estén viviendo en Chile disfruten del mismo trato y derechos de los que disfrutaban los niños, niñas y adolescentes chilenos. El énfasis debe dirigirse, pues, a garantizar que las políticas y prácticas de control migratorio sean compatibles con las obligaciones nacionales e internacionales hacia los NNA como uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, y que se atiendan adecuadamente las necesidades especiales de niños, niñas y adolescentes migrantes en cuanto a su desarrollo psicosocial y sus procesos de integración en la nueva sociedad.

4 DENISE ARAYA, IRIA RETUERTO

Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile.

■ Nuevas condiciones y desafíos pendientes

Las alarmantes dimensiones que ha ido adquiriendo la trata de personas, especialmente de mujeres y niños/as, pone cada vez más en disyuntiva a los Estados y a la comunidad internacional debido a que, por sus enmarañadas características, su enfrentamiento se ha ido transformando en un desafío altamente complejo de abordar.

El intrincamiento de este hecho criminal, muy brevemente, radica en la estratégica y bien organizada cadena delictual, generalmente asociada a otros delitos. En la trata pueden participar tanto mafias internacionales como también pequeñas redes locales, ejecutando el circuito de la captación, traslado, acogida y recepción de las víctimas y empleando diversos y eficientes métodos para ello. El principal objetivo de estas operaciones es *la explotación de seres humanos, que puede concretarse en*: explotación sexual, explotación laboral (maquilas, agrícola, maderera, minera, otras), reclutamiento forzoso en casos de conflictos armados, actividades ilícitas, e incluso la comercialización de órganos. Las víctimas, en su mayoría mujeres, niños/as y adolescentes, provienen, principal, aunque no exclusivamente, de sectores empobrecidos y entornos donde la vulneración de derechos es asunto cotidiano. Esta situación es utilizada por las y los captadores (“enganchadores/as”) quienes, generando un clima de cercanía, seguridad y, por sobre todo, un mundo de ensueño les engañan, valiéndose de la precariedad de sus condiciones de vida, de la desinformación y del legítimo deseo de las personas de tener nuevas, rápidas y mágicas oportunidades para cambiar su vida.

En términos estadísticos, resulta muy difícil calcular la real dimensión de este crimen. El carácter en extremo clandestino de esta actividad, así como las sofisticadas redes de protección que se desarrollan en torno a ella, solamente permite tener aproximaciones. A pesar de ello, hoy nadie pone en duda el incremento de esta “lucrativa actividad criminal”, que

atenta contra los derechos humanos fundamentales de las personas. No por azar se le ha denominado como la “esclavitud moderna”, situación que se constata en varios antecedentes recogidos por diversos organismos internacionales.

El Informe Anual 2010 sobre la trata de personas del Departamento de Estado de los EE.UU. sostiene que 12,3 millones de personas (incluyendo adultos y niños/as) en el mundo son víctimas de trata con fines de trabajo forzado, trabajo por deudas y prostitución forzada. De esta forma, se calcula que, por cada 1.000 habitantes en el mundo, hay 1,8 víctimas de esta moderna forma de esclavitud.

Según el Informe Global de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, de las víctimas identificadas en 111 países, 66% son mujeres y 22% niños y niñas (Informe Global Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009). La dimensión de esta problemática no sorprende si se considera que reporta millonarias ganancias. Solo la trata de niños/as con fines laborales se estima que alcanza, al menos, los 31,700 millones de dólares (OIT, 2005), siendo el tercer negocio más lucrativo después del tráfico de drogas y del tráfico de armas.

Actualmente, se reconoce que la trata de personas es un crimen de alcance internacional, que afecta a todos los países en mayor o menor medida, siendo, además, un negocio en movimiento, que se transforma respondiendo a las variaciones en el mercado, a la situación de los países más empobrecidos, así como a los vacíos legales y políticos que facilitan ciertos recorridos, orígenes o destinos (Departamento de Estado EE.UU., 2011).

El último Informe Global de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2009) sobre la trata de personas, estudia las respuestas de 155 países a este crimen. Los resultados son alentadores porque demuestran un crecimiento entre los años 2003 y el 2008 en el compromiso frente al tema. Así, por ejemplo, en el año 2003, solo un tercio de los países contaba con alguna medida legislativa en contra de la trata, mientras que en el 2008, son cuatro tercios (de los 155) que han ajustado la ley para cubrir, al menos, algunos aspectos esenciales del *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000). Sin embargo, no es menor que aún existan 104 países en el mundo que carecen de leyes o políticas para enfrentar la trata de personas, así como de una acogida adecuada y protectora para las víctimas.

Asimismo, es también relevante prestar atención a la efectiva aplicación de las leyes en el mundo, habiéndose establecido, en el 2006, una relación de un responsable sancionado por cada 800 personas víctimas de trata. Es necesario, por tanto, seguir avanzando en una dirección conjunta, abordando la prevención, la persecución y sanción, y la protección de las víctimas. Para ello, es esencial el cumplimiento de las directrices internacionales marcadas por los distintos tratados y protocolos, estén estos referidos directamente a la trata de personas (Protocolo Palermo, 2000) o a temas relacionados con la misma, como el trabajo forzado, el trabajo infantil, regulaciones migratorias, prostitución forzada, entre otras.

En esta lógica, resulta evidente que ningún país está exento de estar afectado por este crimen. Es más, la presencia o ausencia de políticas para prevenirlo y enfrentarlo, que se desarrollen en uno u otro territorio, inciden en la manera en que este se manifiesta en el conjunto de la comunidad internacional. Uno de los postulados en el que más insisten los organismos internacionales, que se han dedicado a desarrollar estrategias para enfrentar este extremo abuso de poder y violación a los derechos fundamentales de las personas, es la necesidad de que se implementen marcos legales adecuados, así como políticas de prevención, persecución y sanción a los responsables, y, por sobre todo, brindar adecuada protección a las víctimas en todos los países, como una forma de enfrentar conjuntamente este crimen detrás del cual existen poderosas y eficientes redes organizadas.

En las páginas siguientes se abordarán las condiciones que facilitan la existencia de la trata en el país, especialmente un sustrato cultural y social que la naturaliza y tolera, así como un sistema de protección a los niños, niñas y adolescentes que presenta aún desafíos importantes. Pese a las carencias que hacen de Chile un país que aún no cuenta con todas las condiciones para enfrentar este crimen, ha habido avances importantes en los últimos diez años, que serán también expuestos. Aunque es escaso el conocimiento cuanti y cualitativo sobre esta moderna forma de esclavitud, existen algunas investigaciones e informaciones de prensa que nos ofrecen un panorama bastante certero de la situación que enfrentan los niños y niñas víctimas, que permiten conocer las dinámicas que la caracterizan y los contextos en que se suelen producir, tanto en el caso de que el fin sea explotación sexual comercial como otras formas de explotación.

Posteriormente se analizarán las oportunidades que ofrece la reciente promulgación de la Ley N° 20.507 que “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”, para una mejor protección de los niños,

niñas y adolescentes víctimas de trata, considerando las características que identifican en Chile a este crimen. Por otra parte, se mencionarán las aristas que quedan aún sin respuesta en el país, y que la aprobación de la ley no parece responder completamente. Para finalizar se concluirá con algunas recomendaciones, principalmente, en pos de la adecuada protección de las víctimas.

1. LA TRATA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CHILE: LA NATURALIZACIÓN QUE INVISIBILIZA

ONG Raíces lleva más de 14 años trabajando en torno a la explotación sexual de niños/as y adolescentes¹ (ESCNNA), en sus distintas manifestaciones (relaciones sexuales remuneradas a cambio de dinero u otros; pornografía, explotación en viajes y turismo y trata con fines sexuales). En este camino ha podido verificar que la trata de niños/as, además de ser una de las formas más complejas de abordar, es también la manifestación que conlleva consecuencias más devastadoras en las víctimas. Por esta razón, ha dedicado un porcentaje importante de su quehacer a la investigación, incidencia, sensibilización, prevención y protección de la trata de niños/as y adolescentes, con fines de explotación sexual.

Considerando la magnitud del problema a nivel mundial, es necesario asumir que Chile no está exento de este flagelo, ya sea como país de origen, tránsito o destino. La trata se organiza en formas altamente complejas, involucrando a diversos actores y redes que se extienden por distintos países e internamente. La condición de Chile como destino atractivo para inmigrantes, por aparecer como económicamente más estable que otros países de la región, que, además, tiene una enorme frontera muy difícil de controlar² y en el que, pese a todos los avances obtenidos, persisten abismantes desigualdades socioeconómicas, le sitúa en una posición tan vulnerable frente a la trata de personas como cualquier otro.

¹ ONG Raíces inició este trabajo con una investigación realizada con madres adolescentes, detectando la explotación sexual encubierta y profundizando cada vez más en esta problemática. En el año 2001 fue Proyecto Piloto del SENAME para la reparación del daño de niños/as víctimas de explotación sexual comercial. Desde entonces viene complementando dicha tarea con la realización de acciones de investigación, incidencia, prevención y sensibilización, que buscan visibilizar la temática, generar una mirada que no culpabilice a la víctima, monitorear las acciones del Estado, diagnosticar las acciones que emprenden ONG's y otros actores locales, impulsar mejoras políticas y legislativas, entre otras.

² Chile continental se extiende a lo largo de 4.200 km, y si bien se cuenta con 103 puestos fronterizos (82 de ellos a cargo de policía Internacional dependiente de la Policía de Investigaciones (PDI) y los otros 21 a cargo de Carabineros de Chile), estos no son suficientes para impedir la trata, considerando que solo en el norte del país se han detectado más de 300 pasos clandestinos, también denominados puntos ciegos.

Si bien se ha verificado la existencia de trata de personas, esta es visibilizada en circuitos todavía limitados, no siendo concebida como un problema social significativo. A su vez, tanto la falta de conciencia acerca de las vulneraciones que esta conlleva, así como –es de público conocimiento– las nefastas consecuencias que este delito produce en las víctimas, favorecen la existencia de la trata en nuestro país, constatándose una serie de deficiencias que impiden hacerle frente eficazmente.

1.1. La naturalización y multidimensionalidad de la desprotección

En el país existen condiciones de vulnerabilidad que favorecen el riesgo de trata de personas, especialmente de mujeres y niños/as, que se constatan en distintos ámbitos, considerando que en la trata, como en otras manifestaciones de la explotación sexual comercial de niños/as y adolescentes, no existe una relación causal única entre esta y la pobreza, siendo –a pesar de todo– este último un factor relevante. Este delito está asociado a una gran cantidad de variables, transformándose en una problemática social multicausal, en donde se articulan factores de riesgo estructurales y políticos, sociales, culturales, familiares e individuales, produciendo efectos devastadores en los niños/as y adolescentes víctimas. Reconocer esta multicausalidad permite abordar las distintas variables que componen esta compleja dinámica vulneradora.

La implementación, hace ya más de tres décadas, de políticas “monetaristas, eficientistas y modernas”, ha generado una escisión social de gran magnitud, agudizando las desigualdades internas³ en el conjunto social y al interior de las clases sociales (ONG Raíces, 2010). Estas fuertes desigualdades económicas dividen a la población no solo socioeconómica sino también culturalmente y en relación al acceso al desarrollo. Aquellos que no acceden a los beneficios del crecimiento económico y del desarrollo sociocultural del país, viviendo en situación de marginalidad y exclusión con claras consecuencias de tipo psicosocial, fácilmente pueden derivar en redes de trata.

Los cambios en la economía también han tenido repercusiones profundas en el plano cultural, reforzando modelos de socialización discriminatorios,

³ Según el último Informe Regional sobre Desarrollo Humano del PNUD, América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo. Chile presenta la mayor desigualdad dentro de los países integrantes del OCDE (ingreso hace un año) en la distribución del ingreso. En Chile, en promedio, el ingreso del 10% más rico de las personas es de 46 veces el promedio del ingreso del 10% más pobre. Se debe considerar que para Suecia este índice es de 5 veces y para México de 25 veces. Esta brecha sigue aumentando (citado en ONG Raíces, 2010, p. 35).

conductas basadas en el poder adquisitivo y en la imposición violenta de estas. Así, se han ido reforzando, profundizando, aspectos propios de nuestra cultura, normas, mitos, bastante arraigados en nuestra sociedad, que tienden a justificar la explotación neutralizando el delito, lo que se manifiesta tanto en los ciudadanos comunes como en aquellos que deben proteger a las víctimas, perseguir a los delincuentes o hacer cumplir la ley. Estas actitudes inciden en que, principalmente, la trata de personas con fines de explotación sexual se ‘naturalice’, se invisibilice, se responsabilice y culpabilice a las mujeres, los niños/as y, especialmente, a los y las jóvenes de su ocurrencia (“Sabén perfectamente a lo que vienen”; “es una situación consentida”; “les gusta el camino fácil”), lo que finalmente termina por favorecer y exonerar a los abusadores y explotadores.

A su vez, la falta de una política migratoria actualizada, consecuente y respetuosa de los derechos de los migrantes, que valore la interculturalidad, así como la inexistencia de una ley migratoria⁴, indiscutiblemente favorecen las actividades ilícitas y vulneradoras. Diversos organismos, así como noticias de prensa, han dado a conocer un aumento significativo de la migración⁵. Entre las vulneraciones a las que son sometidos los migrantes más desprotegidos, se incluye el tráfico ilícito, considerando que actualmente Chile surge como una posibilidad para migrantes que vienen en busca de una mejor vida, dada la precaria situación en que se encuentran en su país. Instituciones que acogen y brindan apoyo principalmente a mujeres de países hermanos, como la Fundación Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI), Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) e Instituto de la Mujer, afirman que ellas son traficadas en extrema precariedad, violencia y alto riesgo, que desconocen –muchas de ellas– los espacios de apoyo antes mencionados, se encuentran solas, sin redes familiares o de apoyo. Teniendo en cuenta dicha situación, fácilmente se transforman en víctimas de tratantes, pasando de una situación de, entre comillas, mayor libertad para

⁴ La ley de migración está en elaboración hace ya varios años, sin avances a pesar de la insistencia y aportes realizados por distintos organismos. Así, por ejemplo, OIM en una investigación exploratoria expone que *“dada la elevadísima frecuencia y el alto número de personas que recurren a traficantes, surge como prioridad y urgencia la elaboración de una ley de migraciones adecuada a las características de los actuales procesos migratorios. Ello contribuiría a disminuir la vulnerabilidad en que quedan los migrantes ante las redes de Trata de Personas. Es en tal sentido que OIM Chile, a petición del Ministerio del Interior, presentó durante el mes de agosto del 2006, el proyecto de una nueva ley de migraciones, que incorpora una serie de nuevas disposiciones acordes a los instrumentos internacionales ratificados por Chile”* (OIM, 2006). De esta propuesta aún no hay respuesta.

⁵ Datos entregados por el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior indican que la cifra total de inmigrantes habría alcanzado las 290.000 personas en 2008 y que en el caso de los de nacionalidad peruana, habría alcanzado los 80.000, situación que los dejaría en el primer lugar de extranjeros en el país, desplazando a los argentinos a un segundo lugar (Citado en Bela Feldmand-Bianco *et al.*, 2011).

trabajar, a ser explotadas sexual o laboralmente. El límite entre el tráfico ilícito y la trata de personas es muy estrecho.

Asimismo, se han detectado niños/as y adolescentes explotados laboralmente en pesados y exigentes trabajos en el altiplano, trabajando en actividades agrícolas, cuidado de animales en pésimas condiciones o, bien, utilizados para transportar drogas como “burreros”. Esta situación fue confirmada en un diario boliviano, en el año 2007, por la entonces Directora del Área de Protección de Derechos del Servicio Nacional de Menores (ONG Raíces, 2007, p. 52).

A su vez, en parte debido a la tardanza en legislar sobre la trata de personas⁶, hay una falta importante de recursos destinados a las estructuras policiales dedicadas a la investigación de este delito. Menos aún se cuenta con protocolos y registros estandarizados que incluyan indicadores específicos del delito que permitan detectarlo e inferir su magnitud, favoreciendo así la existencia y mantención de redes de explotadores y tratantes. Es evidente la necesidad de un registro integral y sistemático de datos, factible de ser aplicado no solo por los organismos encargados de la persecución, sino también intersectorialmente, de manera que se extienda a todo el territorio, considerando la movilidad en que este delito se desarrolla.

La existencia de sistemas internos de registro de las distintas instituciones que conforman las redes por las que transitan los niños, niñas y adolescentes víctimas permitiría consolidar la coordinación interinstitucional, tan necesaria para la intervención integral que se requiere para la prevención, protección y persecución del delito, con el fin de enfrentar eficazmente esta compleja problemática. Si el área de salud, las escuelas, los gobiernos locales, las organizaciones e instituciones locales, entre otros, tuvieran incorporadas esta vulneración (así como otros delitos sexuales) de manera explícita en sus sistemas de registro, la derivación, el seguimiento, la coordinación, claramente serían más efectivos (ONG Raíces, 2009).

Por otra parte, la producción de conocimientos respecto a esta vulneración ha sido escasa, a pesar de ello se cuenta con algunas investigaciones efectuadas por organismos internacionales y de la sociedad civil, que han permitido conocer ciertas características de las víctimas y de la cadena delictiva. Sin embargo, no es posible inferir, a través de estas, antecedentes que den cuenta de la dimensión nacional de la problemática.

⁶ La promulgación de la ley se concretó, finalmente, el 8 abril del 2011, después de estar seis años en tramitación.

Así, por ejemplo, ONG Raíces realizó un sondeo “Diagnóstico descriptivo de comercio y tráfico sexual infante juvenil” (ONG Raíces, 2001), que permitió constatar 17 casos de trata con fines de explotación sexual comercial, definir factores de vulnerabilidad que favorecen la ocurrencia de la trata, conocer características y tipos de trata y detectar formas de reclutamiento.

La Corporación La Morada y Fundación Instituto de la Mujer realizaron una investigación sobre trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una de las conclusiones de dicho estudio señala que este problema es “severamente invisibilizado en el país”; que “Chile operaría, en el concierto internacional de la trata de mujeres, como un país de origen, de tránsito y de destino de mujeres traficadas” (Corporación La Morada, Fundación Instituto de la Mujer, 2004).

Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2006) realizó un estudio exploratorio sobre la trata de personas adultas con fines de explotación sexual, en Argentina, Chile y Uruguay. En Chile el estudio consigna 99 casos de trata en el país, en su totalidad mujeres, un 89% corresponde a población adulta y un 11% a personas menores de edad. Constatan que Chile es lugar de origen, tránsito y destino de trata de personas con fines de explotación sexual. La trata se da tanto a nivel interno como internacional. Además, se determinó que la mayor dificultad para reconocer el delito es la invisibilidad, producto, entre otros factores, de un sentido común generalizado negador de la trata, de la clandestinidad de las organizaciones criminales que lo perpetran, de ausencia de denuncias por parte de las víctimas debido a diversos factores y de la ausencia de una adecuada tipificación del delito de la trata en la legislación nacional. Asimismo, el estudio permitió constatar que hay una relación directa entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. El tráfico ilícito de migrantes fue detectado con significativa frecuencia en la frontera norte del territorio nacional y se pudo verificar que los migrantes que ingresan al país irregularmente, recurriendo a traficantes, quedan en situación de alta vulnerabilidad a ser reclutados por redes de trata.

En el año 2007 ONG Raíces, con el patrocinio de la Organización Internacional para las Migraciones, publicó un estudio exploratorio sobre trata con fines de explotación sexual en niños, niñas y adolescentes (ONG Raíces, OIM, 2007). A partir de la recolección de información en tres regiones del país (RM, V y I), se detectaron 52 casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de trata con fines de explotación sexual comercial en el país, el 94% eran niñas. A su vez, se constató que la mayoría

de ellas/os (74%) eran víctimas de trata interna; se detectaron factores de riesgo asociados a la trata, como la pobreza, abandono y desvinculación de figuras parentales y/o adultos significativos; así como también factores relacionados con falta de seguridad y protección, como la deserción escolar, parentalización, alto consumo de drogas, entre otras, concluyendo, por parte de los entrevistados, que ellas/os vivían en una desprotección generalizada, de parte de la familia, el Estado y la comunidad. Al igual que los niños, niñas y adolescentes en otras manifestaciones del comercio sexual, solían establecer una fuerte relación de dependencia emocional con el tratante, situación que se mantiene como parte sustancial en todos los mecanismos empleados en la cadena de la trata: desde la captación, traslado, reclusión y en la mantención de la víctima en la situación, predomina la seducción y manipulación emocional en un 74%.

Posteriormente, OIM efectuó un nuevo estudio, incluyendo todos los fines de la trata de personas y que actualiza los datos en Chile (OIM, 2008). En él se detectaron 147 víctimas, de las cuales un 17,69% son personas menores de 18 años. En 19 de estos 26 casos, es trata con fines de explotación sexual, siendo los otros siete niños/as utilizados para el transporte de drogas, comúnmente denominados como “burreros”. Este número se identifica también con una correspondencia de género, siendo niñas/adolescentes las víctimas de explotación sexual comercial y también, mayoritariamente, tratadas internamente en el país.

El último estudio relacionado con la trata en Chile fue una Investigación Acción Participativa (ONG Raíces/ ECPAT Internacional, 2010) para detectar modalidades locales de explotación sexual comercial de niños/as y jóvenes, entre las que se encuentra la trata con estos fines. Este se realizó con la activa participación de diez de los equipos especializados en reparación del daño a niños/as y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial⁷. En este estudio la trata, si bien es reconocida por parte de los equipos especializados como una modalidad grave, es poco detectada por los mismos, debido a que muchas veces aparece asociada a otras manifestaciones de explotación sexual. Los propios equipos plantean la necesidad de conocer las particularidades de la trata, de manera de no pasarla por alto, identificarla y enfrentarla con mayores herramientas. Las chicas –todas mujeres– involucradas en trata son aquellas que más dañadas están producto de la adicción a la droga o, bien, se encuentran en mayor condición de abandono y desprotección, situación muy similar

⁷ Es importante destacar que el Estado chileno ha implementado 16 proyectos especializados en la materia, con distintas entidades colaboradoras en diferentes regiones del país.

a la mencionada en diversos estudios relacionados con esta problemática. Consecuentemente con la necesidad de afecto y protección, la mayoría de ellas permanece con el explotador, seducida por este ‘en una relación afectiva’ o de ‘amistad’, que posteriormente pasa a ser más abusiva cortándole todas sus posibles redes, aislándola y dejándola aún más dependiente.

Como se ha expuesto, efectivamente, existen aún múltiples falencias para enfrentar este delito en el país. Así lo ha demostrado el Informe Anual del Departamento de Estado de EE.UU. que entrega, respecto de la trata, una clasificación de los distintos países, puntuándoles del 1, máximo logro, al 3, logro insatisfactorio, según su grado de cumplimiento de los estándares mínimos para abordar la trata. Chile lleva varios años siendo clasificado con el grado 2, que indica que no se cumplen los estándares mínimos pero que se registran esfuerzos por parte del gobierno para alcanzarlos.

A su vez, hay que considerar además otros factores que no han sido mencionados en este acápite y que igualmente pueden ser favorecedores de existencia de trata, como el alto índice de maltrato infantil⁸, el impactante número de delitos sexuales que aqueja a personas menores de edad⁹, entre muchos otros factores que podrían ser inductores para que niños/as y adolescentes que se encuentren en esta situación puedan ser fácilmente seducidos por tratantes y explotadores, como una salida a su violenta realidad.

1.2. El camino avanzado

No obstante las deficiencias expuestas anteriormente, es necesario destacar que no son pocos los esfuerzos que se han estado realizando desde distintos espacios, tanto estatales, como de la sociedad civil y de organismos internacionales, para construir los andamios de una política de país en la materia. En los últimos años esta problemática ha despertado mayor interés, especialmente cuando el delito involucra a niños, niñas y adolescentes, efectuándose algunas acciones para abordarla.

Los esfuerzos son reconocibles, sobre todo al hacer una comparación con el año 2001, en que ONG Raíces, siendo parte de la Campaña Internacional “Alto al Tráfico de Niños y Niñas” impulsada por Terre des

⁸ Según el último estudio de maltrato de UNICEF (con una muestra que corresponde aproximadamente a 1.525 niños/as de octavo año básico de 103 establecimientos de seis regiones del país) el 75,3% de los niños/as que vive en Chile sufre algún tipo de maltrato (UNICEF Chile, 2006).

⁹ De un total de 10.776 víctimas de delitos sexuales, 5.241 corresponde a niños/as y adolescentes de entre 7 y 18 años (Ministerio Público, 2005).

Hombres Alemania, comenzó un trabajo de sensibilización e incidencia para impulsar medidas políticas y legislativas contra la trata; se puede afirmar que desde entonces existe mayor conocimiento en el país sobre este tema y mayor conciencia por parte de las autoridades gubernamentales y otros organismos del Estado. Asimismo, diversos organismos internacionales como OIM, OIT/IPEC, Save the Children, Embajada Británica, ECPAT-Internacional, así como también diversas organizaciones no gubernamentales, han jugado y juegan un rol preponderante en la prevención, sensibilización y protección de las víctimas de trata.

El Estado chileno se ha incorporado a diversas iniciativas para enfrentar la trata de personas en la Región, asumiendo los compromisos que de estas se desprenden.

Algunas de estas iniciativas son su participación en distintas instancias sobre el tema en la Organización de Estados Americanos (OEA), como las “Reuniones de Autoridades Nacionales sobre la Trata de Personas con representantes de distintos Ministerios” (2006, Isla Margarita, Venezuela; Buenos Aires, marzo 2009); las “Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros Procuradores Generales de las Américas” –V Sesión Costa Rica, marzo 2000– Cooperación Hemisférica contra el Delito de la Trata de Personas. Entre otras iniciativas, se acordó mantener en la agenda la trata de personas e instar a aquellos Estados que aún no lo han hecho a tipificar el delito en conformidad con disposiciones internacionales (Trinidad y Tobago, marzo 2002; Sede OEA, abril 2004; Santo Domingo, abril 2006; Washington, 2008; Brasilia, 2010).

También, como Estado asociado al MERCOSUR, firmó en 1999 el “Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico de Menores” y, el año 2000, la complementación a este Plan, que incluye acciones de sensibilización, capacitación y cooperación entre países en cuanto a la información de protección a las víctimas.

Respecto al marco jurídico internacional, Chile ha firmado y ratificado la mayoría de los convenios y protocolos relacionados con el delito:

Convenios y Protocolos Internacionales	Firma / Ratificación
Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas	Firma / Ratificación, 1990
Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción para su Eliminación / OIT	Firma / Ratificación, 2000
Convención contra la Delincuencia Organizada, de las Naciones Unidas	Firma, 2000 / Ratificación, 2003

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas...

Convenios y Protocolos Internacionales	Firma / Ratificación
Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía	Firma, 2000 / Ratificación, 2003
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ambos complementarios de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de las Naciones Unidas (Palermo, 2000)	Firma, 2002 / Ratificación, 2005
Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en el MERCOSUR 1999 y 2000.	
Plan Acción de los tres Congresos Mundiales sobre Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes y Trata: Estocolmo, 1996; Yokohama, 2001 y Río de Janeiro, 2008.	
Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores	Pendiente

De otra parte, se han efectuado diversas acciones intersectoriales, incorporándose, en muchas de ellas, organismos internacionales y de la sociedad civil.

El año 2005 el Ministerio del Interior y la ONG Save the Children Suecia establecieron un convenio de colaboración, que incorporó a Chile a la Red Latinoamericanos Desaparecidos (RLD), y con ello se integró a dicha Red la página Web *chilenos desaparecidos*¹⁰. El Ministerio del Interior, a través de la División de Seguridad Pública, es el responsable de la coordinación y administración del sistema a nivel interinstitucional; Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y SENAME son los organismos directamente vinculados y responsables del ingreso de los datos al sistema, el cual es visible por toda la ciudadanía chilena desde junio de 2005. El Ministerio de Justicia, el Ministerio Público y el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior son también parte de esta experiencia. ONG Raíces es la organización de la sociedad civil nombrada por Save the Children Suecia para promocionar el sistema, su empleo, poner en marcha el proyecto de difusión de imágenes y sensibilizar a la ciudadanía frente a la problemática de personas desaparecidas, especialmente de niños/as, adolescentes y mujeres, como consecuencia del tráfico, la trata, la explotación sexual y/o laboral¹¹. Estos organismos sesionaron en una Mesa mensual de trabajo hasta el año 2008, continuando hasta la fecha solo Carabineros, organismo que se preocupa de la incorporación de

¹⁰ Disponible en <http://www.latinoamericanosdesaparecidos.org/chile/default.php>

¹¹ Entre julio de 2006 y junio de 2007 se expuso un módulo preventivo, con pantallas que promocionaban la página Web, en el aeropuerto de Santiago.

personas desaparecidas a la Web *chilenos desaparecidos* y sigue coordinándose con el servidor madre de “*latinoamericanos desaparecidos*”.

En abril del año 2006 el Ministerio del Interior creó una “Comisión Intersectorial contra la Trata”, constituyéndose en Decreto Exento N° 2.821 de 31 de julio de 2008. Esta iniciativa demostró que el Gobierno estaba consciente de que esta problemática debía ser enfrentada de manera global, a través de una estrategia intersectorial. Sin embargo, hasta ahora no se conocen los resultados concretos de esta Comisión, de la que se confiaba surgiera una propuesta de diseño de políticas respecto al tema. Esta Comisión ha sido reactivada en julio de 2011 y, por tanto, se espera obtener mayores resultados.

El Ministerio del Interior firmó un convenio con Save the Children Suecia para llevar a cabo dos “Mapeos Geográfico y Social de las Rutas de Trata en la República de Chile (en adelante MGS)”¹², ejecutados por ONG Raíces. El primer MGS fue realizado en mayo del 2006, con el propósito de identificar rutas y zonas de riesgo en el país, que podrían ser susceptibles de esta problemática, de manera de contar con un instrumento que contribuyera a la prevención, al enfrentamiento del delito y a promover mecanismos de protección para las víctima de la trata en el país.

Fue una convocatoria a nivel nacional, que incluyó a actores clave (65) de las principales instituciones encargadas de la protección del país y el cruce de fronteras: ambas policías –Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile– y personal del Departamento de Extranjería y Migración. Asistieron 25 oficiales de la Policía de Investigaciones de distintas regiones del país (Arica, Iquique, Calama, Los Andes, Santiago, Osorno, Coyhaique y Punta Arenas), pertenecientes a la Brigada Investigadora del Crimen Organizado (BRICO), Policía Internacional, Brigada de Búsqueda de Personas (BRIUP), Jefatura Nacional de Extranjería (JENAEX), Brigada de Delitos Sexuales (BRISXME); 25 oficiales de Carabineros de Chile, del norte y centro del país (Pozo Almonte, Chacalluta, Calama y Santiago), pertenecientes a la Dirección de Protección Policial de la Familia (DIPROFAM), Sección Encargo de Personas (SEP), Departamento de Fronteras (OS3) y Departamento de Investigación (OS9); además de 15 inspectores del Departamento de Extranjería y Migración de cuatro regiones del país (Iquique, Antofagasta, Santiago y Magallanes).

¹² “Informe Mapeo Geográfico y Social República de Chile: Zonas de Riesgo y Rutas Vulnerables de Trata Personas”, Santiago, Chile, junio 2006. Documento entregado al Subsecretario del Interior de la época, Sr. Felipe Harboe Bascuñán, en agosto de 2006, el que posteriormente fue entregado a las instituciones participantes. Por tratarse de información confidencial, este no ha sido socializado.

En este primer MGS se empleó una metodología participativa, realizando tres talleres separados por institución, que específicamente perseguían:

- problematizar con personal de ambas Policías y de Extranjería y Migración, sobre el manejo conceptual de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes;
- elaborar un mapa territorial de la República de Chile, identificando los lugares de mayor concentración de rutas y zonas de riesgos del delito;
- identificar a los principales actores que promueven y facilitan el delito;
- identificar fortalezas y debilidades que las instituciones perciben para el enfrentamiento más eficiente del delito; y
- efectuar sugerencias y recomendaciones factibles de ser integradas en un Plan de Acción que permitiera tomar decisiones y resolver las necesidades y vacíos existentes para enfrentar la trata de niñas, niños y adolescentes.

Los resultados de dicho MGS permitieron un acercamiento detallado hacia la temática de la trata y el tráfico ilícito, contemplando la experiencia de los actores que están directamente relacionados con la detección y persecución del delito. Con la identificación y georreferenciación de los datos recabados en los talleres, se obtuvo un primer mapa territorial que permitió consignar, entre otros:

- que las 17 rutas de trata –interna e internacional– identificadas por los participantes, al ser cruzadas con los 105 puntos habilitados, resultaron en 48 puntos habilitados oficialmente, susceptibles al tráfico ilícito o trata de personas, los que requerirían intensificar el control;
- 19 lugares considerados sin control, que son puntos fronterizos no habilitados oficialmente, por tanto, serían puntos clandestinos o “puntos ciegos” que podrían facilitar la entrada o salida de personas;
- los principales puntos que permitieron identificar las zonas de riesgo; y
- por último, se detectaron 172 comunas susceptibles a la trata de personas, localización que favorecería las acciones preventivas de los gobiernos locales.

En noviembre del año 2007 se realizó el segundo MGS focalizado en la ciudad de Iquique e incorporando a fiscales regionales.

Es destacable el esfuerzo de las policías por abordar este crimen, cuya persecución es, sin duda, compleja. Así, por ejemplo, Carabineros de Chile suscribió un convenio con la ONG Save the Children Suecia para

realizar el “Primer Congreso Latinoamericano de las Fuerzas de Seguridad Policiales para Personas Desaparecidas” (2005); este permitió que representantes de las policías de diversos países de la Región intercambiaran información y experiencias sobre este delito y acordaran acciones de coordinación en la materia. A través de la Dirección de Protección Policial de la Familia, DIPROFAM, Carabineros ha impulsado la capacitación de su personal a lo largo de Chile; para estos efectos, mantiene un convenio con ONG Raíces y también ha implementado acciones con OIM, realizando un avance importante en generar conciencia acerca de este tema. El año 2010 la DIPROFAM realizó el estudio “Caracterización de Focos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en la Región Metropolitana”.

Por su parte, la Policía de Investigaciones, a través de la Jefatura Nacional de Delitos contra la Familia (JENAFAM), ha venido desarrollando encuentros y seminarios desde el 2005, lo que le ha permitido a sus funcionarios profundizar en el tema, fortaleciendo, además, lazos con otros actores sociales. Igualmente, destaca su esfuerzo por trabajar con colectivos de trabajadoras sexuales como agentes preventivos en la ejecución de la Campaña contra la Trata de Personas, que realizaron en julio del 2007. También es de gran relevancia la puesta en marcha de medidas de protección a las víctimas, con el apoyo de OIM, como la implementación de una cámara Gesell, que consiste en una sala especial para tomar y grabar los testimonios de las víctimas. Es destacable además la conformación de un equipo multidisciplinario contra la trata (JENAFAM), previo al primer MGS.

OIM junto al SENAME y el arzobispado de San Felipe, como organismo colaborador, ejecutaron el proyecto MARKAZA, el cual trabaja en la reparación del daño en víctimas de trata (y otras formas de explotación sexual comercial) en Los Andes, constituyéndose en el primer proyecto especializado en la trata de personas. A su vez, el SENAME y OIM han realizado diversos seminarios formativos relacionados con la problemática (2004, 2006, 2007 y 2010), dirigidos a profesionales que participan en distintos proyectos del SENAME.

OIT/IPEC y el SENAME cuentan con el Registro de Peores Formas de Trabajo Infantil¹³, mediante el cual Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Dirección del Trabajo mantienen un registro estadístico de los niños, niñas y adolescentes ingresados al SENAME y que han sido

¹³ Cabe señalar que para UNICEF, la explotación sexual comercial y la trata de niños, niñas y adolescentes son vulneraciones graves a los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

víctimas de vulneraciones que OIT relaciona con las peores formas de trabajo infantil, incluyendo en estas la explotación sexual comercial y, por tanto, la trata como una de sus manifestaciones.

Desde el año 2007 el SENAME está implementando un proyecto de cooperación técnica con Bolivia en el ámbito de la persecución de la trata. Conjuntamente con la Agencia de Cooperación Internacional, dependiente de Ministerio de Relaciones Exteriores (AGCI), han realizado jornadas de intercambio para fortalecer la prevención de las peores formas de trabajo infantil y el diseño de una gestión conjunta de casos de ambos países, con énfasis en la trata. En el mes de julio de 2007 en La Paz, Bolivia, se realizó un taller de trabajo coordinado por el SENAME, la cancillería chilena, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia y se invitaron ONG's de ambos países; su objetivo fue levantar un "Plan de Acción" a tres años, de manera de proteger a los niños/as y adolescentes vulnerados gravemente en sus derechos, especialmente para prevenir la trata con fines de explotación sexual y laboral. Estas jornadas se han replicado los últimos tres años, llegando a un acuerdo de implementar campañas y formación en trata a operadores de fronteras.

El Ministerio Público, trabajando en conjunto fundamentalmente con OIM, ha llevado a cabo interesantes encuentros sobre el tema. Así también, hasta el momento y con la anterior legislación, ha obtenido 13 sentencias relacionadas con la trata de personas y OIM ha colaborado con el retorno voluntario de algunas víctimas, a través del programa de Asistencia Directa a Víctimas de Trata (AVOT).

Este Ministerio, específicamente su Unidad de Delitos Sexuales y Violentos, está implementando un plan piloto, denominado "Persecución Penal de los Delitos de Promoción o Facilitación de la Prostitución de Menores de Edad y Obtención de Servicios Sexuales de Niños, Niñas y Adolescentes". Lo está llevando a cabo junto a ONG's especializadas en explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, en la zona sur de Santiago, en la V Región y, desde 2010, en la zona poniente de Santiago. Este proyecto tiene un especial interés en recabar la suficiente cantidad de pruebas que permitan que el niño o niña víctima tenga que participar lo menos posible en el proceso, lo cual disminuye la victimización secundaria y asegura las pruebas más allá de la inconstancia que, dadas las características y extrema vulnerabilidad de las víctimas, estas pueden presentar en su testimonio. Se persigue generar un protocolo para la investigación de delitos de explotación sexual, intensificando la persecución penal.

Por su parte, el Servicio Nacional de Mujer (SERNAM) ha realizado también diversos seminarios y capacitaciones destinados a conjugar esfuerzos en el enfrentamiento de la trata de mujeres. Actualmente está evaluando la posibilidad de implementar una casa de acogida para mujeres víctimas de trata.

Existen igualmente distintos organismos de la sociedad civil que han desarrollado diversas iniciativas que, directa o indirectamente, permiten la prevención de este delito. Entre ellos se encuentra la Fundación Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI), organismo de la Conferencia Episcopal de Chile, que promueve y coordina programas y actividades tendientes a la inserción e integración sociocultural, laboral y religiosa de las personas en movilidad humana, principalmente las personas migrantes. INCAMI brinda apoyo, principalmente a mujeres inmigrantes, en diversos Centros Integrados de Atención a los Migrantes en distintas ciudades del país.

También está el Servicio Jesuita al Migrante, llamado así desde 2005 —anteriormente era conocido como la Pastoral de Inmigrantes Padre Arrupe—, que tiene un énfasis pastoral y cuyo objetivo es brindar apoyo a los inmigrantes, aportándoles información y orientación para que acudan a los organismos pertinentes y puedan regularizar su situación en el país. Realiza derivaciones a atención de salud primaria, atención psicológica y legal. Este servicio acompaña y defiende los derechos de los refugiados y desplazados forzosos.

Por otra parte, la Fundación Instituto de la Mujer cuenta con un programa dirigido a mujeres migrantes, que desarrolla seminarios y capacitaciones. Durante los tres últimos años ejecutó una campaña de sensibilización, por la no discriminación y la valoración del aporte de las migrantes, denominada: “Mujeres Migrantes, Mujeres de Chile”.

El año 2007 distintas organizaciones de la sociedad civil conformaron la Red Chilena de Migración e Interculturalidad (entre ellas, ONG Raíces), de manera de reforzar el quehacer que estas desarrollan en el ámbito de las migraciones y los derechos humanos de las personas migrantes. Todas estas iniciativas, al trabajar y brindar apoyo a las y los migrantes, previenen la trata de personas.

ONG Raíces, por su parte, además de las acciones ya mencionadas, con el apoyo y patrocinio, en distintos momentos, de Terre des Hommes-Alemania, Save the Children Suecia, Embajada Británica y Fundación San Carlos de Maipo, ha desarrollado diversas acciones preventivas y de sensibilización: Encuentro Inter fronteras Tacna-Arica (2004); Levantamiento

de “Propuesta de Acción Conjunta para Enfrentar el Tráfico de Niñas, Niños y Adolescentes en los Estados Miembros del MERCOSUR, Bolivia y Chile”; Coordinaciones para prevenir la trata de niños/as conjuntamente con ONG’s de Perú-Chile-Bolivia-Colombia; Seminarios y talleres formativos-preventivos dirigidos a profesionales de la salud, educación, ambas policías, universidades, escuelas, ONG’s de infancia y de mujeres. También promovió la promulgación de la Ley N° 20.507.

En síntesis, los esfuerzos desplegados por diversos actores han permitido que la trata, especialmente de niños/as y adolescentes, se pueda reconocer como un tema emergente, que ha logrado comenzar a ser visibilizado en circuitos todavía limitados. Al revisar las acciones que se han efectuado, no cabe duda que se han realizado esfuerzos significativos por avanzar en el enfrentamiento de este delito, sin embargo, es fundamental que estas se articulen. El camino recorrido justifica la necesidad de afianzar los avances con un trabajo sostenido y coordinado entre el Estado, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil.

2. LA NUEVA LEY N° 20.507: ¿UNA POSIBILIDAD REAL DE PROTECCIÓN A LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MÁS VULNERABLES DE SER VÍCTIMAS DE TRATA?

En abril del año 2011 el Senado de la República aprobó, como último trámite legislativo, la Ley N° 20.507 que “Tipifica los Delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas y Establece Normas para su Prevención y más Efectiva Persecución Criminal”, modificando las definiciones anteriores incluidas en el Código Penal. Esto se produjo después de una larga espera desde que, a inicios del año 2005, la Diputada María Antonieta Saa presentara, junto con nueve diputados de distintas bancadas, un proyecto de ley que permitía adecuar la legislación chilena a los parámetros internacionales ratificados por Chile, a través de distintos acuerdos, fundamentalmente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños. Este es conocido como el Protocolo de Palermo, y complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas¹⁴.

¹⁴ Si bien el Protocolo de Palermo es el que se refiere de manera más explícita al crimen de la trata de personas, otros protocolos y convenciones internacionales ratificadas por Chile e incluidos en el cuadro del párrafo 1.2. complementan los estándares a los que Chile debe responder en esta materia. No todos ellos han sido satisfechos hasta el momento. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño, en sus Observaciones Finales al Informe Inicial del Estado de Chile sobre el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía (2008), menciona, justamente, la necesidad de legislar en relación a la venta de niños, cuyas características no son exactamente iguales a las del delito de la trata.

El hecho de que la trata de personas no estuviera descrita en la legislación, sin duda incidía y, a la vez, era un reflejo del escaso conocimiento y discurso prejuiciado acerca del tema. Fue difícil que la sociedad y las instituciones asumieran que, como crimen transnacional que es, la trata no tiene límites en abarcar todos los países posibles pues, precisamente, las fronteras no le frenan sino que la alientan. Poco a poco, impulsados por los acontecimientos internos e internacionales, así como la insistencia de organismos internacionales y de instituciones de la sociedad civil, actores claves en la prevención, persecución y sanción de los responsables de este crimen, fueron asumiendo, con cada vez mayor propiedad, la importancia de contar con legislación y políticas adecuadas para enfrentar la trata de personas.

Antes de que fuera promulgada la Ley N° 20.507, el artículo 367 bis del Código Penal era el referido a la hora de sancionar la trata de personas, a pesar de que en ningún caso tipificaba directamente el delito. A través de este artículo se sancionaba a quien “Promoviere o facilitare la entrada o salida de personas de un país para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”. Los requisitos necesarios para que fuese considerado el delito eran, por tanto, limitados. Por un lado, el fin de la acción era solamente la prostitución, no especificando el matiz de explotación que precisamente define la gravedad de la trata. Por otra parte, la acción misma se limitaba al traslado, sin detallar la cadena de acciones que configuran lo que constituye una compleja acción de desplazamiento (captación, traslado, recepción). Además, se le daba al cruce de fronteras un valor constitutivo de la definición del delito, sin contemplar que la posibilidad de un traslado al interior de un país podría igualmente aumentar la vulnerabilidad de la víctima. Finalmente, este artículo no era suficiente para sancionar el complejo crimen de la trata de personas ya que no aparece mención a los medios de comisión, que permiten demostrar que el consentimiento de la víctima estuvo viciado. De esta manera –además de brindar una protección deficiente a las víctimas, y dejar impunes a muchos responsables de este crimen a los derechos humanos–, esta definición reducida del delito hacía eco de muchos de los prejuicios que existían y aún persisten en la población, que desinforman y naturalizan esta extrema vulneración.

Términos que aún erróneamente utiliza la prensa, como “trata de blancas” –ya absolutamente obsoleto¹⁵–, reproducen la idea discriminatoria de que

¹⁵ El término “trata de blancas” tiene su origen en el contexto colonial europeo. Dicho término centra la gravedad del hecho en la raza de las víctimas, implicando, con ello, una naturalización característica de esa época, que es que las mujeres de otro color de piel (considerado como definitorio de la raza en ese entonces) pueden ser tratadas y esclavizadas sin que eso implique un peligro para la sociedad dominante.

la esclavitud es más grave dependiendo de la raza. De hecho, la legislación anterior también utilizaba este término, que ha sido eliminado después de la modificación actual (Ley N° 20.507, artículo tercero, 1). Por otra parte, es frecuente encontrar en los medios de comunicación y en el discurso popular una relación implícita, naturalizada, no cuestionada, entre mujeres extranjeras, un estatus de ilegalidad y el ejercicio de la prostitución. De manera más o menos explícita, es lo que habitualmente la ciudadanía entiende por trata. Con este tipo de prejuicios no solamente se contribuye a la estigmatización de una población fuertemente discriminada, sino que también se pasa por alto otro tipo de situaciones de explotación, en que las víctimas también han sido trasladadas de lugar, y que son sometidas a otras formas de explotación a través del trabajo, la mendicidad, la servidumbre o la comisión de delitos. Lo mismo sucedía en el ámbito estrictamente legislativo. Con la antigua legislación se dictaron 13 sentencias relacionadas con la trata de personas, 12 de ellas condenatorias; todas ellas correspondían, en rigor, a casos de trata con fines de explotación mediante la prostitución, aunque no hubieran sido tipificados como tales. Esta cifra, si bien nada despreciable considerando el desconocimiento existente en ese momento en torno al crimen de la trata, seguramente aumentará considerablemente con la nueva legislación, al incorporar en la persecución la trata con fines laborales y la trata interna.

En esta lógica, la Ley N° 20.507, recientemente promulgada, debe ser leída, además de como un avance para la persecución del delito y la protección de las víctimas, como una oportunidad hacia el cambio en la manera en que el país va a empezar a mirar y comprender la trata de personas. Al contar con una tipificación legal que acoge, efectivamente, la complejidad de esta manifestación criminal y que refleja los acuerdos internacionales en la materia, también la ciudadanía –y los medios como reflejo, a la vez que impulsores de los discursos públicos– deberá empezar a complejizar su percepción de este crimen. Casos que hasta el momento han sido reducidos a “infracciones laborales”, o dinámicas naturalizadas, como la de trasladar a adolescentes y jóvenes a la ciudad desde zonas rurales con algún padrino o figura protectora, empezarán a mirarse con más sospecha, detectando tempranamente así y, previniendo, ojalá, que personas inescrupulosas lucren con la esclavitud de aquellos que, desde la vulnerabilidad previa o adquirida, difícilmente pueden defenderse.

Así, a la hora de analizar los avances que la Ley N° 20.507 implica para el enfrentamiento de la trata de personas y la protección de las víctimas, no se debe perder la mirada del cambio cultural. En la medida en que la ley se aplique y se produzca la deseable sinergia entre la práctica de legislación,

políticas públicas y concepciones culturales, al menos se contará con un escenario proclive a que se vaya comprendiendo cada vez mejor la complejidad de esta manifestación del crimen organizado y las particularidades y necesidades de sus víctimas, derribando poco a poco los prejuicios y las percepciones erróneas que la invisibilizan.

Este será el punto de vista que se adoptará, en este artículo, en relación al análisis de esta ley. No será este un análisis jurídico, ya que este no entra dentro de las competencias específicas de las autoras de este artículo¹⁶, sino una revisión de los aspectos centrales de la ley desde la consideración de la fenomenología de la trata de niñas y niños en Chile. Para ello, no solo se considerarán los casos de trata documentados, sino también la forma en que la sociedad visibiliza este tipo de situaciones y comprende este delito, la cual ha sido extensamente aclarada en las páginas anteriores.

2.1. Ley N° 20.507: nuevas oportunidades para un abordaje integral de la trata de niños, niñas y adolescentes en Chile

La Ley N° 20.507 engloba una serie de modificaciones al Código Penal, que permiten definir como delitos –de acuerdo a criterios internacionales– la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. La relación de ambos delitos se explica por la presencia especial que ambos adquieren en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas, impulsando, la aclaración jurídica de cada uno de esos dos conceptos, sendos Protocolos¹⁷.

En relación a la trata de personas, el artículo 411 quáter es fundamental para comprender la nueva mirada que esta legislación trae de la mano y los procesos culturales que ella puede impulsar.

Artículo 411 quáter.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud

¹⁶ D. Araya es Directora Ejecutiva de la ONG Raíces, Educadora y licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Lyon. I. Retuerto es Coordinadora del Área de Prevención de dicha organización, Antropóloga de la Universidad Libre de Berlín.

¹⁷ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

o prácticas análogas a esta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.

Son varios los aspectos de este artículo que es necesario desglosar y en los que merece la pena detenerse. Cada uno de ellos será analizado en su particularidad, desde el criterio y la mirada –ya explicada– de su implicancia posible no solo para sancionar a los responsables y proteger a las víctimas, sino para visibilizar –frente a la sociedad chilena– la trata desde la óptica de los derechos humanos.

- **En la Ley N° 20.507 se reconoce la trata sin el requisito del cruce de fronteras.** Este fue, tal vez, uno de los elementos más solicitados en la demanda del cambio de legislación. En el caso de las organizaciones que trabajan con niños, niñas y adolescentes, dicha demanda adquiriría especial relevancia ya que la trata interna es uno de los tipos más comunes. Así lo demuestran las escasas investigaciones con que se cuenta al respecto. Como ya se ha mencionado, ONG Raíces, en el año 2001, y en el marco de su participación en la Campaña Internacional “Alto al Tráfico de Niños y Niñas”, detectó, en un pequeño sondeo realizado durante un breve período y en un radio geográfico limitado, 17 casos de adolescentes que habían vivido situaciones de trata con fines de explotación sexual comercial (ONG Raíces, 2001). La mayoría de estos, doce en total, fueron casos de trata dentro de las fronteras nacionales, solamente se encontraron tres niñas bolivianas explotadas en el norte de Chile y dos adolescentes chilenas que fueron trasladadas engañadas por una secta a España, para posteriormente explotarlas sexualmente. Si bien el estudio no tenía pretensiones estadísticas, fue sumamente importante para demostrar que el país no estaba exento de un crimen que afecta a todos los países, y que había casos concretos que podían ser descritos y documentados.

Posteriormente, en un estudio exploratorio realizado también por ONG Raíces en tres regiones del país (ONG Raíces, OIM, 2007), se pudieron detectar 52 casos de niños, niñas y adolescentes que habían sufrido la trata. De ellos, el 74% eran casos de trata interna. Luego, la OIM (2008), en el estudio que más casos de trata –tanto de adultos/as como de niños/as– se ha logrado documentar en el país (137 en total), detectó otras 26 víctimas menores de 18 años. De estas, 18 (el 73%) eran víctimas de trata interna (OIM, 2008, p. 49). Lo que particularmente resulta interesante de este estudio es que permite corroborar otra relación que ya había sido atisbada en los estudios de ONG Raíces, a saber, que la trata con fines de explotación sexual en personas menores de 18 años afecta sobre todo a mujeres y es fundamentalmente interna. Al ser, el de OIM, un estudio que abarca también otras formas de explotación como finalidad de la trata¹⁸, es posible establecer la comparación con, por ejemplo, la trata de niños/as con fines de explotación laboral. En el caso de esta última, la investigación demuestra que afecta fundamentalmente a varones –a excepción de una adolescente ecuatoriana que fue utilizada en la venta ambulante– y es trata internacional (*ibid.*).

La necesidad de contar con un marco legislativo que permitiera proteger a las víctimas de trata interna era, por tanto, imperativa. También lo es aún que esta legislación vaya acompañada de políticas que ayuden a visibilizarla, a comprender las dinámicas locales que implica y a generar herramientas eficaces para que policías, servicios sociales, de salud y educación puedan identificarla, denunciar a los responsables y fiscalizarla adecuadamente. Sin estos elementos, los alcances de la ley se reducen significativamente puesto que, como ya se ha analizado reiteradamente, se debe aplicar en un escenario de invisibilización del delito y una tendencia cultural a la responsabilización de las víctimas.

El traslado de una persona dentro de las fronteras de un país con fines de explotarla es, quizás, una de las formas más naturalizadas en que se produce la trata. Especialmente si las víctimas son niños, niñas o adolescentes. La literatura nacional da cuenta de ello¹⁹. Este tipo de si-

¹⁸ El estudio exploratorio de ONG Raíces (2007), así como el primer sondeo del 2001, estuvieron explícitamente destinados a investigar la trata de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual comercial, siendo este uno de los temas centrales en el trabajo de la ONG.

¹⁹ La obra de teatro “El Desquite”, de Roberto Parra, es un ejemplo de una práctica común en generaciones anteriores. Una niña del campo, de familia muy pobre, es enviada, en el inicio de su pubertad, a trabajar como empleada doméstica a la casa de unos patrones de fundo en otra localidad

tuaciones, en que un niño o niña era o es enviado a la ciudad, o a otro pueblo, con el fin de asegurar su futuro, fue frecuente en Chile hace menos de cincuenta años y, aún hoy –aunque menos visible–, se da en determinados contextos de pobreza y ruralidad. No en vano, uno de los medios de comisión que fueron registrados con mayor frecuencia en el estudio exploratorio realizado por la ONG Raíces en el año 2007 fue la seducción y la manipulación de la información (una forma de engaño), siendo, además, una fórmula muy común de ejercerla, el llamado *padrinazgo*²⁰, estrategia comúnmente empleada para captar y retener a las víctimas en distintos países de América Latina.

El artículo 411 quáter, que tipifica específicamente el delito de la trata de personas, no realiza ninguna especificación acerca de la distancia que debe contemplar el traslado de la víctima para que se concrete el delito. El mero hecho del traslado es a lo que el artículo se refiere. El cruce de fronteras no es requisito, al igual que sucede en el artículo 3 del Protocolo de Palermo. La ausencia de jurisprudencia en torno a la ley, a la fecha en que ha sido redactado este artículo, deja una incógnita respecto a si la distancia entre el lugar en que la víctima habita y aquel hacia el cual ha sido tratada será relevante a la hora de sancionar un caso. Jurídicamente, se maneja el concepto de “desarraigo” como trasfondo para comprender la trata y la vulnerabilidad de la víctima arrancada de su espacio vital. Este concepto es subjetivo, como tantos otros que afectan la jurisprudencia. Es posible que sea difícil de evaluar en determinadas víctimas que nunca, en su historia de vida, han sentido realmente la protección que implica el arraigo en alguna parte. Tal vez sería deseable que el mero concepto del desplazamiento pueda jugar en esos casos a favor de las víctimas, comprendiendo que, más allá de la forma en que la víctima vivencie la separación de sus redes, de su espacio conocido, el hecho de separarla de aquellas únicas personas que pueden detectar su ausencia implica un riesgo mayor para su vida.

En definitiva, que la Ley N° 20.507 contemple una definición de trata en la que se incluye tanto trata interna como trata internacional, constituye un avance significativo para la protección legal de muchos

del sur de Chile, lejos de su hogar. Bajo la confianza de que los patrones son “gente honorable”, la adolescente crece trabajando para esta familia, hasta que se convierte en el objeto de deseo del patrón, quien no duda en ejercer su poder sobre ella para seducirla y tener relaciones sexuales con ella. A cambio, le regala ropa, zapatos, y la engaña, haciéndola creer que le corresponde en el amor y la admiración que ella le profesa.

²⁰ Esta modalidad de captación fue registrada fundamentalmente en la V Región (ONG Raíces, 2007).

niños, niñas y adolescentes que viven o vivirán la trata dentro –con más probabilidad– y fuera de las fronteras del país, y que, a pesar de ello, y considerando las distancias que caracterizan a este estrecho y largo territorio, se ven sometidos a condiciones de mayor peligro y vulnerabilidad al estar lejos de sus redes de protección, por muy precarias que estas puedan eventualmente ser. Sin embargo, solo la experiencia que se vaya sentando en la generación de jurisprudencia podrá indicar si, efectivamente, se comprende la fragilidad de una víctima que vive su infancia y adolescencia sumida en una supervivencia vital y emocional que se ve notablemente intensificada cuando se le desplaza o si se continúa asumiendo –como lamentablemente sucede con demasiada frecuencia– que hay niños y niñas que no necesitan tanta protección como otros.

- En la Ley N° 20.507, la acción que describe el delito de la trata se muestra con toda su complejidad, incluyendo distintos verbos a los que se refieren como “*capte, traslade, acoja o reciba*”. Cualquiera de estos verbos lleva implícita la noción de que la persona será, es o ha sido desplazada: para ello, primero captada y convencida, después físicamente trasladada y posteriormente acogida en un lugar extraño. De esta forma, no solo se está cumpliendo con reflejar efectivamente el circuito de responsabilidades que hay detrás de la trata, sino que se está contribuyendo a diseccionar los distintos momentos de este crimen y, con ello, a su mejor comprensión y visibilización. Cada uno de los verbos mencionados permite, desde el punto de vista de la atención ciudadana, poner el ojo en acciones que hoy no se asocian necesariamente con un crimen, con el peligro y la vulneración de la víctima. Prueba de ello es que, a menudo son pasados por alto como posibles comisiones de delito, entre otros, los avisos engañosos en los medios o en internet; las ofertas de trabajo en que no hay suficiente seguridad o respaldo; el traslado de una persona a otra localidad convencida por un posible enamorado, amigo o pariente; o la recepción que simula ser bien intencionada de personas que se trasladan de un país o de una ciudad a otra.

En este sentido, hay un elemento de este circuito de acciones que es especialmente importante de resaltar. La ley deja claro que dicha sucesión de verbos no tiene por qué cumplirse completa. Cualquiera de las acciones implica necesariamente las otras, aunque alguna de ellas no cuente con un autor evidente. En el caso de la trata de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a las características identificadas localmente, no siempre puede detectarse un autor detrás de alguna

de estas acciones. A diferencia de la trata de adultos, en algunos/as adolescentes que han sido víctimas de trata con fines de explotación sexual se puede reconocer que caen en el circuito no necesariamente porque estén buscando ingresos, como sí suele suceder con las personas adultas. En el caso de los niños, niñas y adolescentes encontramos historias de vida marcadas por el abandono y la desprotección, generándose una dinámica individual, familiar y comunitaria de naturalización del daño y que puede conducir al niño/a a reproducirlo a través de algo tan doloroso como es la explotación sexual comercial. Provieniendo de un contexto en que se han acumulado vivencias dolorosas y traumáticas, sin la contención, consuelo y protección del mundo adulto, a menudo las y los adolescentes pueden llegar a involucrarse en dinámicas peligrosas, en que adultos inescrupulosos se aprovechen de su vulnerabilidad, utilizándolos sexualmente, pero también generando dependencias emocionales de las cuales, a un niño o niña le cuesta mucho desprenderse. Esto, sumado a la tendencia –hasta cierto punto propia de la adolescencia– de asumir conductas temerarias, incrementadas cuando no se ven contenidas por un contexto de protección, puede implicar que emprendan solos un traslado que va a llevarles a vivir situaciones de explotación sexual comercial. Incluso es posible que haya episodios temporales en que el adolescente sea acogido por alguien en otra región o ciudad del país, sometiéndole ahí a la explotación sexual comercial, sin que medie una acción explícita de captación, al menos vinculada a ese episodio específico de trata, ya que dicha captación puede haberse realizado mucho antes, al inicio de la relación con el explotador.

Los casos registrados por ONG Raíces en el año 2010, en la investigación mencionada en el acápite anterior, realizada con diez equipos de intervención especializada en reparación del daño a niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial (ESC) de distintas regiones del país, dan cuenta de dinámicas que muestran esa lógica. Así, por ejemplo, en la Región de Los Lagos, el equipo Llapemn, de la organización SERPAJ, comentaba acerca del traslado “autogestionado” de algunas adolescentes víctimas de ESC (ONG Raíces/ECPAT International, 2010, p. 103) en ciertas temporadas del año. Cuando se produce un incremento de población pescadora en alguna de las caletas de la región o de Chiloé debido al levantamiento de la veda de algún pescado o marisco, algunas jóvenes se desplazan a dichas caletas, en las cuales son acogidas en prostíbulos que responden a la mayor demanda de comercio sexual de la población masculina. El traslado es, la mayoría

de las veces, organizado y realizado por la propia adolescente o un grupo de ellas. En ocasiones, incluso no se puede hablar de captación explícita, pues son ellas las que determinan hacer el viaje sin que antes nadie las haya invitado a ello. En otras oportunidades, efectivamente reciben una llamada anunciando la mayor demanda de comercio sexual. Sin embargo, lo que siempre se encontró, es la acogida: una o varias personas –que habitualmente las conocen de otras ocasiones– que las reciben con el fin de que presten servicios sexuales. El artículo 411 quáter de la Ley N° 20.507 permite hoy argumentar que en el acto de la acogida está incorporada implícitamente la cadena de acciones, considerando que el solo hecho de que la adolescente alguna vez haya adquirido la información y posiblemente la vivencia de que puede acudir a ese lugar o a esa persona en la localidad de destino, y en dicho contexto sea explotada sexualmente, es suficiente para que se configure un crimen que tiene la particularidad de aumentar la vulnerabilidad y, por tanto, el control sobre la víctima separándola de su entorno y de sus redes.

Entre las manifestaciones locales de la trata, registradas a través de la información recabada con los equipos que trabajan con niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial, se encontraron casos que fueron denominados “Trata con tratante único” (*ibid.*, p. 99). En ellos se encontró una característica que parece ser muy representativa de la trata de niños/as y adolescentes en Chile: la persona que capta, traslada y acoge a la víctima es la misma. Dicha manifestación suele estar vinculada con estrategias relacionadas con los afectos y la manipulación emocional de la víctima. La figura anteriormente mencionada del “padrino”, persona conocida y respetada por la familia de la víctima, a quien es confiado el niño o la niña por la familia, en perspectiva de ofrecerle un mejor futuro en la ciudad, es un ejemplo de ello. En estos casos el padrino capta, traslada o al menos es responsable del traslado y, finalmente, es también quien recibe al niño/a y le somete directamente a explotación, por ejemplo, en el servicio doméstico. Esta es una de las manifestaciones de la trata más frecuente en países como Perú y Ecuador, así como en Bolivia (Tórrez, 2009). Otra figura muy vinculada con esta modalidad del “tratante único” es el novio. Existen varios casos registrados por los equipos especializados, de adolescentes mujeres que son seducidas por hombres adultos para establecer una relación amorosa²¹. Sin em-

²¹ La estrategia característica que el tratante establece en estos casos es, en primer lugar, encandilar a la víctima. Una vez que ella se muestra enamorada y dispuesta a entrar de lleno en la relación,

bargo, este proceso no está exento de violencia, amedrentamiento y manipulación. Como parte de la dinámica establecida, a menudo la víctima es trasladada temporalmente fuera de su ciudad o localidad habitual, con el fin de vincularla sexualmente a otros hombres, en un contexto aún más lejano y ajeno, a cambio de dinero o determinadas mercancías como drogas o favores que administra el supuesto novio. Si bien este caso responde a la fenomenología más local, recuerda a estrategias que han sido establecidas por periodistas a nivel internacional. Así, por ejemplo, la mexicana Lidia Cacho en la publicación “Esclavas del poder” (2010, p. 225) registra esta misma táctica entre los tratantes mexicanos, quienes incluso llegan a casarse con la víctima, a ofrecerle un primer tiempo de experiencias fascinantes y lujos, para después hacerles creer que son cómplices de la decisión de acostarse con otros hombres. La modalidad del tratante único es, por tanto, frecuente en el escenario chileno y latinoamericano, especialmente en relación a la explotación sexual comercial y la explotación para el servicio doméstico.

Para terminar este aspecto, relacionado con la importancia de que, a través del artículo 411 quáter, se explicita la cadena de acciones que configuran el delito de la trata, cabe mencionar que esto entrega una ventaja jurídica en relación a la protección de las víctimas, frente a otros artículos del Código Penal referentes a delitos sexuales. El artículo 367 ter, por el que la Ley N° 19.927 permite sancionar al cliente de prostitución infantil –y que se acerca más que otros a la definición de explotación sexual comercial– contiene un verbo que implica que el contacto sexual debe haber sido consumado para que haya delito²². En el caso de la trata, sin embargo, la explotación no tiene por qué llegar a realizarse para que haya delito, considerando que basta con que puedan ser probadas algunas de las otras acciones como captación, traslado o acogida, siempre que sea justificado que el fin de estas acciones era efectivamente la explotación.

empieza un trabajo destinado a cortar las redes de la adolescente, empezando por los vínculos con la familia, el colegio, la comunidad. También, como parte de la estrategia, el explotador empieza a suministrarle drogas, aumentando así, con un elemento anexo, su dependencia. Cuando ella ya vive con él y ha cerrado los vínculos con su mundo anterior, en algún momento de la convivencia, el novio le empieza a exigir que tenga relaciones sexuales con otros hombres. Esto suele suceder en el contexto de una supuesta crisis económica de la pareja y, desde ahí, se disfraza como un sacrificio que la adolescente debe realizar “por amor”.

²² “El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado por presidio menor en su grado máximo” (artículo 367 ter, Ley N° 19.927).

- En el artículo 411 quáter de la Ley N° 20.507 se explicita que cuando la víctima es menor de edad no es necesario que concurren ninguno de los medios coercitivos que constituyen la trata²³. Esta especificación tiene consecuencias muy relevantes para la protección de los niños/as, sobre todo porque reconoce y anula (al menos jurídicamente) uno de los mayores prejuicios culturales sobre los que se sustenta la explotación sexual comercial de niños/as y adolescentes, y la trata como una de sus manifestaciones. Este prejuicio gira en torno a la errónea asunción, instalada en el imaginario social, de que un o una adolescente es responsable de una agresión sexual como esta, mientras que reciba algo a cambio. El pago por cualquier tipo de acción sexual que implica el comercio sexual, la utilización de niños/as en pornografía, la explotación en el ámbito del turismo o la trata con fines de explotación sexual es, a menudo, interpretado como una forma de compensar lo que, a todas luces, es un abuso de poder. En una sociedad en la que prima una ética de consumo, y en la que pareciera que el pago a quien lo realiza convierte en lícito casi cualquier servicio o acción, la recepción de algún tipo de pago –ya sea en dinero, regalos o de cualquier otra naturaleza– determina una concepción social que asume –de manera simplista y discriminatoria– un consentimiento en la víctima.

Como ya se ha mencionado, una de las características de la trata es que el consentimiento de la víctima siempre está viciado. Habiendo recibido información completamente falsa acerca del trabajo o del lugar de destino, o porque la información era correcta pero las condiciones eran distintas²⁴ o, bien, porque la información estaba mediada por una manipulación y dependencia emocional, se asume que si una persona es captada, transportada y recibida a un lugar donde es explotada en cualquiera de sus formas, es víctima de trata. Sin duda, este es uno de los elementos que contribuyen a constituir, en la trata, una víctima sumamente vulnerable, especialmente cuando media la seducción manipuladora, que finalmente apuesta a que la víctima crea y se torture con la culpa de pensar que efectivamente ha dado su consentimiento para la explotación a la que está siendo sometida. Es común, en la lite-

²³ “Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurre violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales” (artículo 411 quáter, Ley N° 20.507).

²⁴ Al primero se le llama engaño total, al segundo, engaño parcial.

ratura internacional sobre la trata, encontrar ejemplos en que el o los tratantes usan la estrategia de que las víctimas crean que en realidad ellas son las responsables, no solo de lo que les está ocurriendo, sino también de otros delitos asociados. El estatus de irregularidad en el caso de muchos migrantes es una de las tácticas frecuentemente utilizadas, haciéndole creer a la víctima que si intenta escapar o alejarse de la situación laboral en que se encuentra, quedará absolutamente desprovista de protección en su estado de “ilegalidad”²⁵.

Hoy, la nueva legislación contempla los medios coercitivos que determinan la invalidez del consentimiento de la víctima. Esto es un paso fundamental. Queda por determinar si efectivamente los sustantivos elegidos para expresarlo (*violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*) son fáciles de probar y de consensuar entre los responsables del juicio. A medida que se vaya creando jurisprudencia al respecto, este aspecto se irá dilucidando. Habrá que hacer un importante camino de sensibilización que impulse un cambio cultural en este ámbito, considerando que las víctimas de trata suelen recibir la sanción del entorno, haciéndose partícipes, de alguna manera, de la estrategia de responsabilización de los tratantes y explotadores.

Considerando que, como se explicaba más arriba, los y las adolescentes víctimas de trata, especialmente con fines de explotación sexual comercial, son a menudo responsabilizados/as de lo que les sucede, es muy relevante que se contemple la asunción automática de su incapacidad de consentir una situación de explotación generada por uno o más adultos. Esto adquiere aún mayor importancia teniendo en cuenta que otros artículos del Código Penal, como el artículo 365 bis que castiga el delito del estupro, someten la validez del consentimiento a una serie de condiciones como son el ejercicio de la violencia o intimidación, la existencia de alguna perturbación en la víctima, o el abuso de una situación de confianza o desamparo de la o el adolescente mayor de 14 pero menor de 18 años. Es, sin duda, un avance importante que la Ley N° 20.507 asuma que, frente a cualquier situación de explotación a la que sea sometido un niño, niña o adolescente no tiene responsabilidad alguna, sino que, al contrario, es

²⁵ Evidentemente, más que irregularidad, los tratantes prefieren utilizar el término ilegalidad, más amenazante.

inmediatamente considerado/a víctima aunque se haya desplazado por su propia iniciativa, aunque haya, incluso, buscado a quien finalmente la recepcionará con fines de explotarlo²⁶.

En definitiva, el hecho de que el artículo 411 quáter especifique que cuando el niño, niña o adolescente es sometido a cualquier tipo de explotación tras haber existido un desplazamiento respecto a su hábitat habitual, nunca hay consentimiento de parte del mismo, es un hecho de gran relevancia desde el punto de vista del análisis cultural, puesto que oficializa la imposibilidad de niños/as y adolescentes que han crecido enfrentándose a múltiples vulneraciones y experiencias traumáticas, de consentir a su propia explotación.

- **En la Ley N° 20.507 se incluyen medidas especiales de protección a la víctima.** Reconociendo su especial situación de vulneración y la particularidad legal de su traslado, el artículo 78 bis de la ley se refiere precisamente a este punto. En él se determina que el Ministerio Público deberá velar por la integridad física y psicológica de las víctimas de la trata de personas y del tráfico ilícito de migrantes. Esto se concreta en tres acciones clave:
 - *Orientación*: se deberá entregar información sobre el delito del cual es víctima y sobre sus derechos;
 - *Protección*: en el caso que la víctima esté siendo amenazada y haya un riesgo real se deberá entregar protección especial; y
 - *Apoyo*: para que pueda participar en el juicio se le deberán entregar facilidades en relación al transporte, alojamiento y otras necesidades especiales.

Entre las medidas de apoyo para que pueda participar en el juicio, la ley incluye el artículo 33 bis que determina que aquellas víctimas de trata que no sean nacionales o residentes permanentes en el país, tendrán derecho a solicitar una residencia temporal por el período que dure el proceso, considerando un mínimo de seis meses. Esto, sin duda, es un avance importante ya que evita la repatriación inmediata e irreflexiva de la víctima, lo cual la puede poner en un serio peligro. De hecho, dicho artículo especifica que la repatriación no

²⁶ No se debe olvidar en este punto que la explotación sexual comercial tiene características distintas que la explotación en el ámbito del trabajo. Así como la OIT distingue entre trabajo infantil y peores formas de trabajo infantil, es necesario aclarar que la explotación sexual comercial sucede siempre que “un adulto utiliza a una persona menor de 18 años con propósitos sexuales a cambio de dinero o de algunos “favores” como amparo o protección” (Ministerio de Justicia, 2000).

podrá efectuarse, en ningún caso, cuando las víctimas soliciten explícitamente que no se haga o exista evidencia del peligro que corren en dicho caso.

Si bien se reconoce el avance en este punto, que era uno de los fundamentales para las organizaciones que apoyaron el proyecto de ley inicial, hay que insistir acerca de la importancia de rendir protección y apoyo a las víctimas. La extrema presión psicológica a la que es sometida la víctima, la historia de daño naturalizado así como las particularidades de cada circunstancia de captación, traslado y acogida, obliga a que se asuma que la protección no siempre va a ser fácil de asumir.

Respecto a los niños/as y adolescentes, la legislación determina la importancia de que servicios del Estado complementen la protección entregada por el Ministerio Público, facilitando prestaciones especializadas. Probablemente se esté pensando, específicamente, en los servicios del SENAME y en concreto en los proyectos especializados. Es posible que estos se ajusten fácilmente a las características de las víctimas de la trata interna, acostumbradas, en general, a la institucionalidad proteccional, considerando que la mayoría de ellas provienen de historias de vida marcadas por la negligencia familiar que les ha llevado a desembocar en más de una ocasión en las instituciones del Estado. Sin embargo, cabe preguntarse si los proyectos y servicios ya existentes podrán otorgar la suficiente protección y bienestar a las víctimas de trata internacional.

Si bien no son la mayoría, los distintos estudios mencionados detectaron efectivamente, varios niños/as y adolescentes que, provenientes de otros países, especialmente de América Latina, fueron tratados hacia Chile. En los dos estudios realizados por ONG Raíces relativos a la trata de niños, niñas y adolescentes en Chile (2001 y 2007) se detectaron víctimas bolivianas, peruanas, ecuatorianas y brasileñas entre las adolescentes que habían sido tratadas hacia Chile. En la investigación de OIM (2008), se refiere el detalle de algunos casos de adolescentes cuya situación posterior al período en que fueron tratados siguió siendo sumamente precaria. Esto sucedió, por ejemplo, con una adolescente ecuatoriana que fue explotada en Chile en el rubro de la venta de artesanía callejera. OIM siguió la situación de la joven así como de otras dos víctimas adultas del mismo caso, que lograron salir del circuito de la explotación con la intervención de las autoridades chilenas. Sin embargo, ante la negativa de las mismas de

volver a su país de origen, OIM no les pudo prestar el apoyo habitual a través del programa AVOT (siendo este un programa de retorno) y se encontraban las tres víctimas viviendo en la calle (OIM, 2008, p. 86). Es importante destacar, no obstante, que esto sucedió antes de que existiera una ley que tipifica específicamente el delito de trata de personas, y el único artículo aplicable era el 367 bis en el que ya se vio que el fin único mencionado era la prostitución. La explotación a través de la venta ambulante, por tanto, no estaba contemplada como delito relacionado con la trata²⁷. Lógicamente, el Estado tampoco contaba con programas adecuados para la protección y el apoyo a las víctimas.

Es de esperar que la tipificación acuciosa y más completa con la que cuenta el país después de haber sido aprobada la Ley N° 20.507 evite que las víctimas de este tipo de crímenes sean responsabilizadas finalmente de la forma que ilustran estos casos. Como ya se mencionó exhaustivamente, uno de los avances sustanciales de esta ley es que evidencia que las víctimas menores de 18 años no tienen responsabilidad alguna cuando se ven envueltas en situaciones de explotación de cualquier tipo, ya sea sexual, laboral u otras²⁸. Para reforzar este importante principio será necesario que, más allá de que la ley contemple su estatus de víctimas, el Estado genere espacios que puedan acogerlos, brindarles protección e iniciar o llevar a cabo de manera integral (en caso de que decidan permanecer en el país) sus procesos de reparación del daño. De la misma forma, será fundamental estar atentos a lo que pueda suceder con víctimas de trata provenientes de Chile, trasladadas a otros países como destino.

- La Ley N° 20.507 permite, además, contar con una serie de ventajas adicionales que refuerzan la investigación del delito y la protección de las víctimas de trata, beneficiando también a los niños/as y contribuyendo –a medida que sean aplicadas– a impulsar un discurso público capaz de identificar este como un crimen transnacional de

²⁷ La ausencia de legislación que comprendiera esta situación como un caso de trata de personas fue también lo que sucedió con siete adolescentes que fueron sorprendidos cruzando la frontera con droga para comercializar. La investigación demostró que los adolescentes fueron reclutados por chilenos que les ofrecieron una suma de dinero por pasar la frontera con droga en el cuerpo. En el momento de la investigación se encontraban privados de libertad (OIM, 2008, p. 80).

²⁸ OIT, en el Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (1999), define como una de las Peores Formas de Trabajo Infantil: “la utilización, reclutamiento, o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes”.

alto impacto y con un complejo entramado de responsabilidades. En relación al aspecto anteriormente destacado referente a las medidas especiales de protección de las víctimas, cabe celebrar que la ley menciona explícitamente la posibilidad de recurrir a la figura de un curador *ad litem*²⁹. Esto, sin duda implica un espacio de defensa para los derechos de las víctimas, y posibilidades de cuidado, especialmente de los y las personas menores de 18 años, a la hora de enfrentar algo muchas veces tan difícil como es un juicio.

Otro aspecto interesante en relación a la ley, es que contempla la figura del autor intelectual o financista, es decir, aquella persona que, aun no habiendo estado relacionada directamente con la víctima a través de la captación, traslado, recepción o acogida, haya planificado, solicitado o financiado la operación. Literalmente, el artículo 411 indica que “El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”. De esta forma, se completa la cadena delictiva que puede, en algunas ocasiones, estar conformada por múltiples sujetos y tratarse de una red compleja dedicada a diversas actividades delictuales, y en otros casos puede tener más bien la forma de una pequeña red local, de un ámbito cercano, que no realiza habitualmente este tipo de delitos pero que sí cumple con las condiciones de buscar la mayor vulnerabilidad posible en la víctima para poder mantenerla en situación de explotación.

Por último, otro aspecto de la ley que interesa destacar en este apartado es que se permiten, al igual que en la Ley N° 19.927 o en la Ley que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Ley N° 19.366, modificada por la Ley N° 20.000), estrategias de investigación que incluyen la posibilidad de que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos así como la interceptación o grabación de las comunicaciones. Sin duda que, para las características de este delito, es una herramienta esencial que permite al Estado completar sus recursos para enfrentar un crimen que cuenta con las más sofisticadas armas materiales, psicológicas y económicas para someter a sus víctimas.

²⁹ En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador *ad litem* de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia” (artículo 78 bis, Ley N° 20.507).

2.2. Ley N° 20.507: nuevas oportunidades para un abordaje integral de la trata de niños, niñas y adolescentes en Chile

En definitiva, la Ley N° 20.507 significa un avance en dos aspectos esenciales, a efectos de este análisis. Por un lado, permite, sin duda, muchas más posibilidades de enfrentar este delito de manera exitosa, contando con una tipificación que da cuenta de su complejidad y sus características, y homologar las estrategias –a través de la firma de acuerdos y protocolos internacionales– con otros países de la región. Por otra parte, a través de las definiciones y consideraciones que incluye, será posible impulsar un cambio cultural que termine, poco a poco, con la tolerancia social hacia los crímenes que afectan a los más vulnerables, especialmente aquellos que ponen en serio riesgo la vida de los más pobres, de los migrantes, de las mujeres y de los niños/as y adolescentes. Para que dicho cambio cultural sea efectivo, será imprescindible potenciar la sensibilización, la información a la ciudadanía y la formación de actores clave en las distintas etapas del delito. Algunos esfuerzos ya se están iniciando por parte del Ministerio Público y de las Policías, así como de algunos servicios como el SENAME y el SERNAM. La sociedad civil, por su parte, ha estado y continuará también multiplicando esfuerzos para que se hable y se conozca este tema.

Sin embargo, el avance que implica esta ley no debería conducir a que los distintos organismos de la sociedad civil y organizaciones internacionales dejen de estar atentos y monitoreen el proceso de implementación de la misma. Por ejemplo, resulta preocupante que la Ley N° 20.507 no cuente con un presupuesto específico para su ejecución, con lo cual se corre el riesgo de que el Ministerio Público y el Estado no tengan los recursos suficientes para enfrentar las complejas necesidades de protección y atención de las víctimas. Por otra parte, tampoco va acompañada de un reglamento que permita protocolizar las intervenciones en distintos ámbitos, especialmente de persecución de los responsables y protección de las víctimas; esto es sumamente necesario, especialmente si se tienen en cuenta las aristas ya mencionadas que demuestran que ni todas las instituciones ni la sociedad en su conjunto conocen a cabalidad las particularidades de este crimen. Es de esperar que el compromiso que se ha visto reflejado en el esfuerzo de distintas instituciones por sacar adelante un texto legal lo más acorde, no solo a la persecución del crimen sino también a la protección de los derechos humanos de las víctimas, se refleje también en su ejecución y que la jurisprudencia que se vaya generando refuerce precisamente dicho espíritu.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La proclamación de una ley que tipifique específicamente delitos de tal magnitud e importancia en el mundo como son la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en Chile es, sin duda, un avance importante. No por ello, sin embargo, debe dejar de lamentarse también que haya tenido que ser tan largo el período de espera³⁰ y que haya habido varias víctimas invisibilizadas, a las que se podría haber brindado una adecuada protección.

Como se ha evidenciado, en la trata así como en otras temáticas relacionadas con la protección de la infancia y la adolescencia, persiste una característica transversal a la mayor parte de las políticas adoptadas en el país, que se relaciona, en la mayoría de los casos, con medidas aisladas, generadas por instituciones distintas, coordinadas solo ocasionalmente, y de las cuales no se realizan evaluaciones, seguimientos ni proyecciones, constatándose la falta de integración de las políticas de infancia y adolescencia en el país. Si bien la actual Ley N° 20.507 será un aporte, esta no puede subsanar la gran deuda que se tiene con los niños/as y adolescentes en el país, considerando que tanto en el ámbito legal como en términos de institucionalidad, la infancia, en las políticas de Estado, aparece disgregada en distintos ministerios, servicios y programas, sin que exista una instancia, una estructura o una línea normativa que permita centralizar y monitorear el cumplimiento a todos los acuerdos que el Estado chileno se ha comprometido. En este sentido, cobra especial relevancia la actual propuesta de ley de “Protección Integral que más de 400 organizaciones no gubernamentales, a través de la Campaña Movilizándonos por una Cultura de Derechos”, han estado levantado desde hace más de tres años, y en este último período ha sido apoyada por el Senador Letelier y firmada por varios senadores y diputados.

De otra parte, la naturalización, la tolerancia cultural y social frente a este delito, lo favorece y mantiene. Si bien, cambiar esta mirada que culpabiliza a las víctimas de trata no es tarea fácil porque implica la modificación de ciertas actitudes y prejuicios fuertemente arraigados, es necesario iniciar ese proceso instalando un discurso que apunte hacia el cambio paulatino de esta visión, de allí que es imperioso intensificar las acciones de sensibilización, manteniéndolas en niveles públicos y locales. La invisibilización, el desconocimiento, la falta de conciencia del delito, requiere con urgencia generar acciones de prevención, sensibilización y formación.

³⁰ Considerando que el Protocolo de Palermo fue ratificado por Chile en el año 2005, prácticamente en paralelo a la presentación del Proyecto de Ley.

En sí misma, la Ley N° 20.507 permite contar con un marco legal que, pese a mostrar aún ciertas limitaciones, si es aplicado en consecuencia, puede llegar a implicar cambios importantes, especialmente en tres ámbitos, respondiendo a ciertas trabas de orden fundamentalmente cultural:

- a. Por un lado, describe el crimen de la trata de manera más completa y exacta de lo que estaba descrito hasta ahora, permitiendo incluir situaciones que la prensa y la literatura especializada han demostrado que son frecuentes en el país, como la trata con fines de explotación laboral o para la comisión de delitos, la trata dentro de las fronteras de un mismo país o modalidades de trata en que no necesariamente todas las acciones de la cadena delictiva aparecen de manera evidente. Es más, este tipo de situaciones son frecuentes, precisamente, en la trata de niños/as y adolescentes, que se ha demostrado es fundamentalmente trata interna, tiene también como fin la explotación en el trabajo o la venta de droga, y no siempre cuenta con intermediarios en toda la cadena delictiva ya que el o los tratantes se valen esencialmente de la seducción y manipulación emocional que lleva al niño/a y adolescente a asumir ciertas acciones solo/a.
- b. Por otro, asume que el consentimiento de una persona menor de 18 años, frente a una situación que implique explotación y aumento de su vulnerabilidad a través del desplazamiento, nunca es válido, pues se presume su vulnerabilidad inmediata por el solo hecho de ser menor de edad, frente al poder de un adulto/a tratante o explotador. Como ya se ha explicado, no siempre se asume este estatus de vulnerabilidad en niños y niñas violentados, por lo que se reconoce como especialmente importante.
- c. Finalmente, al incorporar y describir la existencia de una sucesión de verbos que forman parte de la acción delictual (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir), esta ley permite que el delito sea sancionado frente al descubrimiento de cualquiera de dichas acciones. La importancia de este aspecto es que la explotación no tiene por qué llegar a consumarse si se demuestra que la persona estaba siendo trasladada con ese fin.

Sin embargo, se corre el riesgo de que dichos avances implícitos en la ley no conduzcan a cambios efectivos, y suceda más bien lo contrario, que la ley no signifique un avance porque las instituciones y personas a cargo de proteger a las víctimas no han interiorizado un cambio de mirada.

Para ello, se requiere intensificar el trabajo formativo con los actores sociales que estén en el circuito de prevención de la trata, persecución, sanción de

los responsables y protección de las víctimas. Con la promulgación de la ley el Estado chileno deberá formar y preparar a policías, operadores de fronteras, personal de migración, entre muchos otros. Asimismo, es ineludible incrementar el trabajo formativo/preventivo con los servicios de salud, con las escuelas, con los operadores jurídicos, con el fin de que la trata no sea una problemática desconocida y poco comprendida, que se conozcan los indicadores adecuados para la derivación de casos, que se elaboren protocolos internos de acción para abordar el tema desde los distintos ámbitos.

Finalmente, es importante prestar especial atención a los requerimientos específicos de protección para víctimas de trata. Sin duda, la ley significa un avance para evitar la repatriación de las víctimas extranjeras, pero este es solo un aspecto a tener en cuenta. Hay que contemplar también la complejidad del daño psicológico sufrido, además del conocimiento específico de la situación que le espera en el lugar de origen (ya sea este otro país u otra región). Para ello es fundamental organizar la colaboración efectiva de distintas instituciones y diferentes especialistas y, sobre todo, asegurar la continuidad en los programas y experiencias exitosas. Además de la colaboración práctica y efectiva, se necesita aplicar una lógica política que tenga una visión amplia y sea capaz de valerse de todos los mecanismos posibles para mejorar la protección de las víctimas. Así, por ejemplo, el estatus de refugiado puede ser solicitado para reforzar la protección de niños/as y adolescentes en determinadas circunstancias³¹.

Mientras no exista una institución, organismo o autoridad directa y abiertamente responsable de coordinar los esfuerzos intersectoriales para enfrentar la trata de personas en Chile, y esta no muestre una mirada y una actitud que contemple las diversas aristas que conforman la complejidad de este crimen, los avances de la nueva legislación pueden verse invisibilizados con el riesgo de que las mafias de tratantes sigan sofisticando sus métodos criminales y las víctimas queden cada vez más desamparadas.

BIBLIOGRAFÍA

BELA FELDMAN-BIANCO, LILIANA RIVERA, CAROLINA STEFONI, MARTA INÉS VILLA, compiladoras (2011). *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías*. FLACSO Ecuador, CLACSO, Universidad Alberto Hurtado (En FLACSO Serie Foro; en CLACSO Colección Cátedra Iberoamericana de Estudios sobre Migraciones).

³¹ ACNUR “*Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*”.

- CACHO, LYDIA (2010). Esclavas del poder. Un viaje al corazón de la trata sexual de mujeres y niñas en el mundo. Editorial Debate. Buenos Aires, Argentina.
- CORPORACIÓN LA MORADA, FUNDACIÓN INSTITUTO DE LA MUJER (2004). Informe Final del proyecto sobre Tráfico de Mujeres. Santiago, Chile.
- DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, INFORME SOBRE LA TRATA DE PERSONAS, 2011.
- DIPROFAM, CARABINEROS DE CHILE. CARRASCO, S.; YAU, R. (2010). Estudio Caracterización de Focos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en la Región Metropolitana. Santiago, Chile.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE (2000). Marco para la Acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niños. Santiago, Chile.
- LEY N° 20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.
- MINISTERIO PÚBLICO (2005). Perfil de víctimas e imputados en causas ingresadas por delitos sexuales durante el año 2005. Santiago, Chile.
- MINISTERIO PÚBLICO, UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS (2008). Proyecto piloto: Persecución penal de los delitos de promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad y obtención de servicios sexuales de niños, niñas y adolescentes. Santiago, Chile.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). Informe Mundial sobre la trata de personas, 2009.
- OIM CHILE (2008). Investigación sobre Trata de Personas en Chile. Santiago, Chile.
- OIM CHILE (2006). Estudio Exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Chile. Santiago, Chile.
- OIT (2005). Documento Trata infantil: Nociones Esenciales. Ginebra.
- OIT, UNIVERSIDAD ARCIS, SENAME (2004). Estudios de la explotación sexual comercial infantil y adolescente en Chile. Documento de Trabajo N° 191. Santiago, Chile.
- OIT (1999). Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación. Ginebra.
- ONG RAÍCES/ ECPAT INTERNATIONAL (2010). Manifestaciones locales de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en Chile. Dinámicas Espacios y Género. Santiago, Chile.
- ONG RAÍCES (2009). Avances y desafíos en el enfrentamiento de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Informe de Seguimiento. Santiago, Chile.
- ONG RAÍCES, OIM (2007). Trata de niños/as y adolescentes, una realidad oculta. Estudio exploratorio sobre trata con fines de explotación sexual en niños, niñas y adolescentes, en las Regiones I, V y Región Metropolitana. Santiago, Chile.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas...

- ONG RAÍCES, ECPAT INTERNATIONAL, PAICABÍ, RED NACIONAL DE ONG'S INFANCIA Y JUVENTUD CHILE (2007). Informe alternativo al informe inicial del Estado de Chile sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Santiago, Chile.
- ONG RAÍCES (2001). Alto al tráfico de niños y niñas. Diagnóstico descriptivo del comercio y tráfico sexual infanto-juvenil. Santiago, Chile.
- PNUD, PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2010). Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe.
- PROTOCOLO PARA REPRIMIR, PREVENIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCION PNUD CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Palermo, 2000.
- SAVE THE CHILDREN, ONG RAÍCES (2006). Mapeo Geográfico y Social de la República de Chile. Zonas de riesgo y rutas vulnerables de trata de personas. Santiago, Chile.
- SAVE THE CHILDREN, ONG RAÍCES, ARAYA, D.; RAMOS, R. (2004). Propuesta de acción conjunta para enfrentar el tráfico de niños, niñas y adolescentes en los Estados miembros del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Santiago, Chile.
- TÓRREZ, L. (2009). "La explotación encubierta como un favor: el fenómeno del padrinazgo, un recurso facilitador para la trata de niños, niñas y adolescentes en las áreas rurales de Bolivia". En: Noticias de Alianza, Alianza Global contra la Trata de Mujeres, julio 2009.
- UNICEF CHILE (2006). Tercer Estudio de Maltrato Infantil. Santiago, Chile.

5 CORINA COURTIS

Niños, niñas y adolescentes refugiados/as en Chile: un cuadro de situación

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la movilidad internacional ha registrado un aumento significativo (CEPAL, 2007) y ha devenido en tema de debate en múltiples foros. Junto con los migrantes que cruzan fronteras internacionales –y muchas veces, compartiendo sus mismos trayectos– existe un número de personas cuya movilidad se ve forzada por causales que, según un amplio consenso entre naciones, generan necesidades de protección especial que requieren respuesta en el plano internacional. Esta población es de interés del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Según la definición clásica establecida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951), un/a refugiado/a es una persona que se encuentra fuera de su país de origen por un fundado temor de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La Declaración de Cartagena (1984), incorporada por muchas de las legislaciones sobre protección de refugiados/as en la región, amplía el concepto para incluir a toda persona que vea amenazada su vida, seguridad o libertad como resultado de violencia generalizada, ocupación o agresión extranjera, conflictos internos, violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, en su país de origen o residencia habitual. La población refugiada comprende personas en diversas situaciones; a los fines de este trabajo, son tres las situaciones que nos ocupan: la de quienes se embarcan en el proceso de solicitar protección internacional y esperan una resolución de su petición –*solicitantes de asilo*–, la de las personas cuyo estatus de refugiado/a ha sido reconocido por el Estado ante el cual realizaron la petición de asilo –*refugiados/as*– y la de quienes, habiendo sido previamente reconocidos como refugiados/as por un Estado en el que corren peligro o

padecen necesidades especiales, han sido acogidos bajo el mismo estatus por un nuevo Estado –*reasentados/as*¹.

En 2010, la población mundial desplazada forzosamente por conflictos y persecución superó los 40 millones de personas. El ACNUR estimó en casi 34 millones la población de su interés. De ella, alrededor del 47% corresponde a personas menores de 18 años –niños, niñas y adolescentes (en adelante niños/as o NNA)²– solicitantes de asilo y refugiados/as (ACNUR, 2010:33). Esta porción de la población refugiada constituye una prioridad para el ACNUR; de hecho, el cumplimiento de los derechos de los/las NNA refugiados/as ha sido una preocupación creciente para esta agencia desde la década de 1990³. Si las migraciones en general colocan a los/las NNA en situaciones de vulnerabilidad, durante los conflictos y los desplazamientos forzados este grupo poblacional queda fácilmente expuesto a altos riesgos que pueden redundar en lesiones físicas y psicológicas, cuando no en la muerte. Frente a esta constatación, el ACNUR ha identificado una serie de asuntos prioritarios globales en relación con la atención y protección de niños/as refugiados/as:

- 1) La separación de la familia y de sus cuidadores/as, que suele ocurrir en situaciones de conflicto y huida deja a los/las niños/as desprotegidos/as y vulnerables a la violencia y los abusos. Se habla de *niños/as separados/as* cuando lo están respecto de ambos padres, de su anterior tutor legal o de la persona que acostumbra cuidarlos pero no necesariamente de otros parientes, de modo que se encuentran acompañados/as por otros adultos de su familia; en cambio, los *niños/as no acompañados/as* han quedado separados de ambos padres u otros parientes y no se

¹ A lo largo del texto, también se habla de *refugiados/as* para expresar el sentido genérico de población refugiada. Cuando el contexto no permite distinguir claramente entre la aplicación genérica y la restringida de este término, se indica el sentido aplicable. Cabe aclarar que en Chile es costumbre hablar de *refugio* para hacer referencia al *asilo*, tal como es definida dicha institución por el Derecho Internacional de los Refugiados, de modo que se ha mantenido ese término en las denominaciones de instituciones/programas y en el discurso citado. No nos detendremos en este artículo en las personas apátridas, retornadas ni en los/las desplazados/as internos/as.

² Según el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “un niño o niña es una persona menor de 18 años de edad, a menos que, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables al niño o la niña, se obtenga antes la mayoría de edad”.

³ El marco general que guía las actividades del ACNUR en la atención y protección de niños/as se funda principalmente en los siguientes documentos:

- La Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951.
- El Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 1967.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989 y sus Protocolos Facultativos: relativo a la participación de niños en los conflictos armados, y relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- La política del ACNUR sobre los niños refugiados, 1993.
- Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado, 1994.

encuentran a cargo de un adulto que, de acuerdo a la ley o a las costumbres, tendría la responsabilidad sobre su cuidado y protección. A lo largo de 2010, más de 15.000 solicitudes de asilo fueron presentadas por niños/as no acompañados/as o separados/as. Si bien el ACNUR apunta al logro de la reunificación familiar, el cuidado de los/las niños/as durante el período de separación constituye un área de atención primordial.

- 2) La explotación, el abuso y la violencia sexual y laboral, incluyendo la prostitución infantil, la trata de personas y el reclutamiento militar forzado, riesgos a los que están particularmente expuestos ciertos grupos de niños/as refugiados/as, a saber: los/las niños/as no acompañados/as y separados/as (en especial las niñas, comprendidas las que viven en hogares provisionales o con parientes); los hogares encabezados por menores de 18 años, los/las niños/as detenidos/as, aquellos/as que se encuentran afectados/as por discapacidades mentales y físicas, los/las niños/as que trabajan, las niñas madres, los/las niños/as nacidos/as de víctimas de la violación. Las violaciones de derechos específicamente dirigidas a los/las NNA –cabe agregar a las arriba mencionadas la mutilación genital o el matrimonio forzoso– pueden operar en el país de origen, durante conflictos armados o por fuera de ellos, pero también durante la huida, el desplazamiento y la llegada al país de asilo. La prevención y la reintegración (incorporando la atención a la salud, el apoyo psicosocial, medidas para garantizar la seguridad de las víctimas/sobrevivientes y la reparación jurídica) de los/las niños/as que padecen tales situaciones son las líneas de acción principales del ACNUR frente a esta problemática.
- 3) La educación: en distintas etapas del asilo, el acceso a la educación suele verse comprometido. El ACNUR busca garantizar el acceso generalizado a la educación de la población refugiada de los/las NNA. La asistencia a la escuela puede ofrecer estabilidad y seguridad a niños/as afectados/as por conflictos armados y el desplazamiento, y preservarlos de la explotación, el abuso y la violencia sexual y laboral. La educación fomenta el desarrollo de habilidades sociales y para la vida.
- 4) Cuestiones específicas de la adolescencia: si bien las intervenciones en materia de atención y protección han tendido a focalizarse en los/las niños/as refugiados/as más pequeños/as, frecuentemente son los/las adolescentes el blanco principal de violaciones de derechos que afectan específicamente a la población refugiada menor de 18 años. Además, sobre ellos suelen recaer responsabilidades económicas

y familiares que dificultan su acceso a derechos básicos como la educación o la salud –en especial la salud sexual y reproductiva. El ACNUR promueve activamente el reconocimiento de los derechos y necesidades de este grupo, fomentando su participación en la toma de decisiones sobre las intervenciones que afectan sus vidas.

Esta mirada sobre las problemáticas que afectan a los/las niños/as refugiados/as abarca en una amplia variedad de situaciones registradas en el contexto mundial, muchas de las cuales están vinculadas al escenario de los campamentos de refugiados. Sin embargo, en contextos específicos se dan configuraciones particulares de problemáticas que deben ser relevadas para adecuar las intervenciones en atención y protección a esta población. En el presente trabajo examinamos, desde una perspectiva de derechos, la situación actual de los/las niños/as refugiados/as en Chile. Se trata de un estudio exploratorio que ofrece un primer panorama general de cara a la ausencia de investigaciones sobre el tema. El trabajo sistematiza información recogida en una serie de entrevistas realizadas a agentes públicos de dependencias con incumbencia en materia de asilo y niñez –la Sección Refugio y Reasentamiento del Departamento de Extranjería y Migración (DEM, Ministerio del Interior) y la Unidad de Relaciones Internacionales del Servicio Nacional de Menores (SENAME)– y a referentes de agencias que trabajan con población refugiada en Santiago, Arica, Iquique y Antofagasta –la Vicaría de la Pastoral Social (VPS), la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC), el Programa Refugio del Obispado de Iquique, la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales. Esta información fue triangulada con informes y datos cuantitativos preparados especialmente por algunas de las agencias entrevistadas y con las relatorías de cuatro diagnósticos participativos impulsados por el ACNUR: dos de ellos realizados en el mes de septiembre de 2011 –uno en Iquique junto con el Programa Refugio del Obispado; otro en Arica junto con la FASIC–; los otros dos, desarrollados en octubre/noviembre del mismo año en Santiago junto con la VPS y la FASIC, respectivamente⁴.

EL ASILO EN CHILE

Hasta mediados de la década pasada, la población refugiada en Chile se estimaba en 500 personas; actualmente, el país cuenta con más de 1.600

⁴ Agradezco la colaboración y buena disposición de todas las personas consultadas para este estudio, sin cuyos conocimientos no hubiera podido tejer la trama de este estudio.

refugiados/as de diversas nacionalidades. Entre 2005 y 2010, el Estado chileno recibió alrededor de 3.700 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado/a, registrándose un aumento exponencial de peticiones hasta 2008 –año en que se presentó una cifra récord de 1.059 peticiones. Además, Chile ha participado activamente del Programa de Reasentamiento Solidario impulsado por el Plan de Acción de México de 2004 y ha reasentado a más de 250 refugiados/as –predominantemente colombianos/as provenientes de Ecuador y Costa Rica–, a los que se sumó, en 2008, un contingente de 117 palestinos/as originariamente refugiados/as en Irak. Con todo, a partir de 2009 se ha registrado un notable descenso en la recepción de solicitudes de asilo (ver Cuadro N° 1), que parece reflejar no necesariamente una merma en la llegada de personas que desean solicitar asilo sino que el surgimiento de dificultades para tramitar la petición ante las autoridades, emanadas, según reportan las agencias que trabajan con esta población, de nuevas prácticas de preadmisibilidad.

Cuadro N° 1: Chile. Solicitudes de asilo nuevas y pendientes y total acumulado de refugiados/as por año. Período: 2005-2010

Año	Nuevas solicitudes de asilo presentadas a lo largo del año	Solicitudes pendientes de resolución a fin del año	Total refugiados/as a fin del año
2005	359	107	806
2006	616	338	1.134
2007	809	518	1.378
2008	1.059	890	1.613
2009	643	498	1.539
2010	260	274	1.621

Fuente: Elaboración propia sobre información publicada en UNHCR Statistical Online Population Database (www.unhcr.org/statistics/populationdatabase, accedido 23/11/2011) e información aportada por la Oficina de Enlace del ACNUR en Chile de acuerdo a datos provistos por el DEM.

En la actualidad, casi la totalidad de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado/a presentadas en Chile corresponde a personas de nacionalidad colombiana, especialmente adultos jóvenes. Buena parte de los ingresos se da por la frontera norte, con frecuencia por pasos no habilitados y vinculados a redes de tráfico de personas; se calcula que un 20% de esta población reside en Arica, Iquique, Antofagasta y Calama mientras que la mayor parte de la población refugiada busca residencia en Santiago. Si bien el total de las solicitudes de asilo presentadas en Chile muestra un predominio masculino, las peticiones registradas en el norte

corresponden mayoritariamente a mujeres –muchas de ellas jefas de hogar afrocolombianas que deben recurrir a la prostitución y a trabajos informales para su supervivencia. La información disponible sugiere que la mayoría de los solicitantes de asilo arribaría al país sin su familia nuclear aunque un porcentaje alto lo haría con conocidos o con miembros de la familia extendida.

Sin duda, Chile ha cobrado importancia como país de asilo en la región en los últimos años. La sanción de una Ley de Reconocimiento y Protección a Refugiados (Ley N° 20.430) en 2010 y de su correspondiente reglamento (Reglamento N° 837)⁵ responde a este proceso. En términos generales, la ley incorpora la definición de refugiado de la Convención de 1951 y la definición ampliada contenida en la Declaración de Cartagena (art. 2); asienta los principios de no devolución, no sanción por ingreso clandestino, confidencialidad, no discriminación y reunificación familiar (arts. 4 a 9); establece que el otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado/a será resuelto por el Subsecretario del Interior (art. 19); crea la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, encargada de asesorar al Ministerio del Interior (arts. 20 a 22) y dispone la existencia de una Secretaría Técnica para asistirle (art. 24); establece un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado/a (arts. 25 a 44); y fija detalles de residencia y documentación, entre otros, que se otorgará visa temporaria prorrogable a quienes soliciten asilo y visa permanente a quienes sean reconocidos/as como refugiados/as. (arts. 45 a 47).

La Ley N° 20.430 contempla medidas específicas en relación con los/las niños/as. Además de incluir la edad en el principio de no discriminación (art. 8), garantiza el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado/a a toda persona menor de edad, con independencia de las personas que ejercen su representación legal conforme a la legislación chilena (art. 38). Por otra parte, se refiere a los menores no acompañados o separados de su familia que solicitan asilo y establece la obligación de informar de inmediato a la autoridad de menores, a fin de que se ejerzan las medidas de protección, cuidado y asistencia que sean necesarias (art. 39), a la vez que dispone que se observarán las recomendaciones formuladas por el ACNUR en las Directrices sobre Protección y Cuidados de Niños Refugiados (art. 40).

⁵ Reglamento aprobado el 14/10/2010 y publicado en el Diario Oficial el 17/2/2011.

También el reglamento de la ley hace referencia a los/las niños/as, estableciendo que la autoridad migratoria evaluará individualmente la necesidad y oportunidad que el menor de edad sea acompañado durante la entrevista por sus padres, representantes legales, la persona encargada de su cuidado personal o un profesional experto en derechos de la infancia y adolescencia. En el caso de niños/as no acompañados o separados o huérfanos, la entrevista siempre se realizará con la presencia de un profesional experto en derechos de la infancia y adolescencia (arts. 55 y 56).

Niños, niñas y adolescentes refugiados/as en Chile

Si bien diversos agentes han demostrado, en distintas oportunidades, interés por los/las NNA refugiados/as, la producción de información sistemática sólida sobre el tema es aún una tarea pendiente. A partir de pedidos especiales efectuados para este estudio, el DEM y los socios operativos del ACNUR han accedido a realizar procesamientos *ad hoc* de sus registros que arrojan luz sobre el volumen y algunas características sociodemográficas básicas de esta porción de la población refugiada.

En los registros de trámites iniciados que lleva la Sección Refugio del DEM⁶ figura un total de 643 personas de entre 0 y 18 años para el período 2005-2010. De ellas, 520 se corresponden con solicitudes de asilo y alrededor de 120, con NNA reasentados/as. El 82% del total de esta población es de nacionalidad colombiana –cifra que asciende a 90% si se excluye del cómputo al contingente de 60 niños/as reasentados/as palestinos/as arribado en 2008. Muy por detrás, la ecuatoriana y la peruana son las nacionalidades más frecuentes. En relación con la distribución etaria, se registraron 173 niños/as con edades entre 0 y 6 años al momento de la solicitud de asilo (27%); 244 entre 7 y 12 (38%), y 226 entre 13 y 18 (35%) y la distribución por sexo habla de una predominancia de varones, que representan el 53% frente a un 47% de mujeres.

Según el DEM, la abrumadora mayoría de NNA solicitantes de asilo se encuentran acompañados/as por adultos y se incluyen dentro de la solicitud del titular del “caso” –generalmente el padre o la madre, aunque también tíos/as o tutores– y prácticamente no se han registrado peticiones

⁶ A la fecha, la Sección Refugio del DEM opera con una base de datos cuyo sistema no permite hacer fácilmente desagregaciones y cruces relevantes para producir antecedentes que redunden en un diagnóstico sociodemográfico fino de la población refugiada en Chile. La información provista sobre NNA resulta de un esfuerzo adicional de revisión de fichas y procesamientos manuales.

realizadas directamente por personas menores de 18 años⁷. El Cuadro N° 2 permite vislumbrar la relación entre niños/as y adultos solicitantes de asilo entre 2005 y 2010.

Cuadro N° 2: Chile. Composición etaria de las solicitudes de asilo presentadas por año. Período: 2005-2010

Año	Total solicitudes presentadas (incluido reasentamiento)	NNA solicitantes de asilo	% solicitudes correspondientes a NNA sobre total solicitudes de asilo
2005	359	92	25,6
2006	616	74	12
2007	809	124	15,3
2008	1.059	165	15,5
2009	643	107	16,6
2010	260	81	31,1
	3.746	643	17,1

Fuente: Tabulado propio elaborado a partir de datos de registros provistos por la Sección Refugio del DEM.

Los datos elaborados por el DEM permiten también ver las formas en que han sido resueltas las peticiones correspondientes a la población de referencia. De acuerdo a la información provista, el 56% de dichas solicitudes fueron resueltas positivamente, es decir, al año 2010 un grupo de 360 niños/as fueron reconocidos/as como refugiados/as, lo cual representa un 22% del total acumulado de 1.621 refugiados/as reconocidos al mismo año⁸.

⁷ Tanto el DEM como el SENAME hicieron alusión a un único caso que no redundó en petición de refugio y no pudo ser monitoreado, pero que disparó la preocupación por generar un procedimiento específico.

⁸ Esto no necesariamente significa que en el año 2010 se contabilizaran 360 NNA refugiados/as, puesto que, a esa fecha, algunas de las personas que obtuvieron el estatus de refugiado/a cuando niño/a ya habrían alcanzado los 18 años de edad.

Cuadro N° 3: Chile. Tipo de resolución de solicitudes de asilo relativas a NNA, por año. Período: 2005-2010

Año	Reconocimientos	Reunificaciones	Rechazos, desistimientos, pendientes y archivados ⁹	Reasentamiento	Total
2005	47	5	33	7	92
2006	37	5	23	9	74
2007	29	10	55	30	124
2008	35	4	56	70	165
2009	14	18	68	7	107
2010	7	4	50	s/d (20?)	81
	169	46	285	143	643

Fuente: Tabulado propio elaborado a partir de datos de registros provistos por la Sección Refugio del DEM.

Los datos aportados por la VPS, que brinda asistencia a gran parte de los/las solicitantes de asilo, refugiados/as y reasentados/as, refrendan algunas características de la población que nos ocupa tal como se desprenden de los registros del DEM. Al año 2011, esta agencia guarda registro de atención a un total de 450 NNA desde 2001. La distribución por sexo concuerda con la observada por el DEM: 55% son varones y el otro 45%, mujeres pero, a diferencia de los datos provistos por esa dependencia estatal, la distribución por edad resulta más dispareja, concentrándose en el intervalo de 5 a 14 años (68%) y mostrando una baja presencia en el rango de 0 a 4. Los/las colombianos/as representan el 72% del total, seguidos de los/las palestinos/as (12%) y de los/las peruanos/as (3%). Resalta en estos registros la presencia de un 2% de niños/as proveniente de África subsahariana. Los datos provistos por la VPS incluyen información sobre el porcentaje que los/las NNA representan sobre el total de la población atendida según nacionalidad: los/las NNA representan el 45% de los/las reasentados/as palestinos/as, el 25% de la población colombiana, el 6% de la población peruana y el 9% de los/las africanos/as subsaharianos/as.

La FASIC en Arica reporta atención a 30 personas menores de 18 años desde el inicio de su actividad en 2007 hasta fines de 2011 –13 mujeres y 17 varones. El rango de edad predominante es el de 6 a 11 años y, excepto una, todas las personas atendidas son de nacionalidad colombiana.

⁹ Los datos provistos no permiten hacer desagregar las solicitudes rechazadas de las desistidas.

Respecto del estatus de estos/as niños/as, 20 son solicitantes de asilo, 7 detentan el estatus de refugiado/a y 3 son reasentados/as.

El Obispado de Iquique ha atendido en el último año a 42 niños/niñas entre solicitantes de asilo, refugiados/as y reasentados/as, de los cuales 23 son varones y 19 son mujeres. En este caso, el rango predominante de edad es el de los más pequeños (0 a 4 años).

En síntesis, alrededor de un 20% de la población refugiada en Chile está representada por NNA, entre quienes predominan –aunque no acentuadamente– los varones. La mayor parte se concentra en la franja etaria entre 5 y 14 años, y luego, en la que va de 15 a 18, de modo que las edades más tempranas son las menos frecuentes. El grueso de esta población es de nacionalidad colombiana, aunque destaca un contingente de niños/as palestinos/as reasentados/as, en especial, en relación con el total de reasentados/as de esa nacionalidad. Prácticamente la totalidad de los/las NNA refugiados/as ingresan con uno o ambos padres; el ingreso con otros familiares es una modalidad menos frecuente y el ingreso de niños/as no acompañados es casi nulo y no parece constituir una problemática actual en Chile. Probablemente la conjugación de ingresos preponderantemente en familia, con solicitudes asociadas a un adulto titular de caso y la percepción de que se trata de un grupo numéricamente acotado, han conspirado hasta el momento en contra de una mirada más atenta y específica hacia la infancia y adolescencia refugiadas.

En este marco, cabe resaltar que, si bien las agencias que se ocupan de la población refugiada poseen registros en los que se incluye a los/las NNA refugiados/as –en formatos no siempre productivos para el procesamiento y cruce de datos y/o comparables entre sí–, existe una carencia de información sistematizada y rápidamente disponible sobre este grupo, lo cual puede traducirse en un escaso conocimiento “a mano” de sus características sociodemográficas que permita intervenciones ajustadas a sus especificidades y necesidades.

INSTITUCIONALIDAD Y PRÁCTICAS EN TORNO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES REFUGIADOS/AS

En tanto sujetos de Estado, los/las NNA refugiados/as están atravesados por prácticas de protección de dos organismos de gobierno específicos: el que se encarga de la temática del asilo y el que se ocupa de la infancia y adolescencia. El primero, el Departamento de Extranjería y Migración (DEM), dependiente del Ministerio del Interior, tiene, a través de la Sección Refugio y Reasentamiento, responsabilidades primarias en el

procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado/a y, tal como lo expresa la Ley N° 20.430, también vela porque la población refugiada reciba asistencia, coordinando con áreas pertinentes de gobierno –en especial en conjunto con la Dirección de Asistencia Social del Ministerio del Interior (DAS)– y con organizaciones religiosas y de la sociedad civil el cumplimiento de esta tarea¹⁰. El segundo, el Servicio Nacional de Menores (SENAME), y específicamente el Área de Relaciones Internacionales, tiene como misión “contribuir al desarrollo del sistema de protección social de la infancia y adolescencia a través del ejercicio de derechos y la reinserción social y/o familiar de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos e infractores de ley, mediante una red de programas ejecutados directamente o por organismos colaboradores del Servicio”¹¹.

En ambas instituciones, las miradas cruzadas son incipientes. Desde la perspectiva del DEM, en la actualidad, el grueso de los casos de niños/as refugiados/as no presenta complejidades, en parte debido a una preponderancia de ingresos en familia. La Sección Refugio manifiesta que la atención directa a niños/as ha sido esporádica y, con el fin de evitar re-victimizaciones, la realización de entrevistas a la población infantil se ha restringido a situaciones que se consideran estrictamente necesarias, siguiendo un protocolo de atención acorde a las directrices del ACNUR. La presencia de niños/as en las oficinas de la Sección Refugio es reducida, por lo que no existe infraestructura específica visible para su recepción;

¹⁰ “El Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, tiene como misión garantizar el cumplimiento de la legislación de extranjería vigente en el país, relativa al ingreso, egreso, residencia definitiva o temporal, expulsión y regulación de los ciudadanos extranjeros que permanecen en el territorio nacional, en el marco de la Política Nacional Migratoria del Gobierno de Chile. Su objetivo central es liderar el desarrollo de una Política Nacional de Migraciones y Refugio, que permita enfrentar los desafíos y oportunidades que las migraciones generan en el país. Con este propósito, al Departamento de Extranjería y Migración le corresponde:

- Analizar las solicitudes de residencia temporal, permanente, refugio y nacionalización.
- Promover acciones de acogida que incentiven la integración de los inmigrantes.
- Promover la modernización institucional, legislativa y de gestión migratoria en Chile.
- Desarrollar e implementar el Instructivo Presidencial de Política Migratoria”.

(Página institucional del DEM, <http://www.extranjeria.gov.cl>, accedida en octubre de 2011)

¹¹ “El Servicio Nacional de Menores (SENAME) es un organismo gubernamental ayudante del sistema judicial, que depende del Ministerio de Justicia. Fue creado por el Decreto Ley N° 2.465 del 10 de enero de 1979, que constituye su Ley Orgánica y que fue publicada en el Diario Oficial el 16 de enero del mismo año. Un decreto supremo del 5 de diciembre de 1979 fijó la planta y el SENAME entró en funciones el 1 de enero de 1980. El Servicio desarrolla sus actividades de acuerdo a las instrucciones que le indican los diversos tribunales, a través del país. Todas las prestaciones, salvo las Oficinas de Protección de Derechos, están ligadas a la justicia y los niños, niñas y adolescentes que son atendidos han sido enviados directamente por los Tribunales de Familia, vale decir, se encuentran judicializados” (Página institucional del SENAME, <http://www.sename.cl>, accedida en octubre de 2011).

no obstante ello, de manera informal, el personal dispone de juguetes y lápices para entretener a los pequeños que puedan llegar con sus padres. Hasta el momento, la Sección Refugio ha coordinado la resolución de problemas de asistencia y protección con una multiplicidad de agencias pero no ha visto la necesidad de instrumentar una política institucional focalizada para esta población. Un avance promisorio en ese sentido es el inicio de diálogos con el SENAME y el Departamento de Familia de Policía de Investigaciones en pos del diseño de un procedimiento para la atención de NNA no acompañados/as y separados/as. Lamentablemente, puesto que se trata de un proceso incipiente y dicho procedimiento no reviste aún carácter público ni se encuentra en funcionamiento pleno, no estamos aquí en condiciones de aportar mayor información ni de analizar su adecuación a los estándares internacionales de protección tanto de NNA como de la población refugiada.

Desde el SENAME, por su parte, se reporta que son contados los casos de NNA refugiados/as en los que ha participado. Sobre la base de esas experiencias y de un contacto más frecuente con inmigrantes, se manifiesta la percepción de que se trataría de una población reticente a las intervenciones de esta dependencia. A pesar de que la población refugiada atendida ha sido numéricamente insignificante, el área de este servicio encargada de los/las niños/as refugiados/as ha incluido, como parte del material de trabajo en las capacitaciones ofrecidas a las Oficinas de Protección de Derechos, información sobre la Ley de Protección a Refugiados.

Las agencias no gubernamentales socias del ACNUR, gracias al contacto directo con la población refugiada, han venido pulsando la realidad de los/las NNA. En el caso de la VPS, el trabajo con mujeres en riesgo ha permitido una aproximación a las problemáticas de los/las hijos/as de las mujeres atendidas; la FASIC, por su parte, llega a estas problemáticas a través de una rutina de entrevistas familiares, de la entrega de beneficios directamente a los/las niños/as interesados/as y de visitas domiciliarias. Dado que estas agencias reciben diariamente a niños/as que acompañan a sus progenitores, en sus dinámicas de trabajo se contemplan más integradamente elementos, actividades y/o espacios de entretención y cuidado que ofrezcan tranquilidad a las personas adultas para llevar adelante sus reuniones. En lo que respecta a las políticas de atención relativas a niños/as, estas varían: algunas agencias no hacen entrevistas a niños/as, otras han comenzado a entrevistar también a NNA, y otras entrevistan separadamente a los miembros de las familias desde un principio. Por otra parte, las agencias han desarrollado algunas actividades dirigidas a NNA,

tales como la formación de un coro a partir de un proyecto apoyado por la UNESCO, y actividades recreativas familiares en las cuales la participación de los/las niños/as es central (encuentros, celebración de la Navidad, del Día del Refugiado, etc.).

Algunas buenas prácticas que vale la pena destacar en este terreno son la experiencia de preparación y seguimiento de la inserción escolar de los/las NNA reasentados/as palestinos/as que arribaron en 2008 y el desarrollo de un proyecto de intervención comunitaria que avanzó en la sensibilización sobre la temática del asilo en algunas escuelas. En el primer caso, siguiendo una elaborada planificación y gracias a una aceptada coordinación entre distintas dependencias de gobierno, la VPS y el ACNUR, el Ministerio de Educación encomendó al equipo del Plan de Fortalecimiento de los 12 Años de Escolaridad –que asume responsabilidades de cara a poblaciones escolares efectiva o potencialmente excluidas del sistema educativo– apoyar la inserción educativa de los hijos/as de las familias palestinas reasentadas. En el segundo, la VPS en conjunto con el Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS, Ministerio de Desarrollo Social), llevó a cabo un proyecto de base territorial en el Barrio Yungay, que permitió generar contactos con instituciones barriales útiles para la integración de los/las refugiados/as, tales como la escuela, y realizar actividades de sensibilización hacia la población refugiada.

Con todo, más allá de algunos proyectos puntuales, estas agencias no han establecido programas específicos ni instancias de participación sistemáticas destinadas a NNA. Solo recientemente han comenzado a pensar en la apertura de espacios especiales para el abordaje de las problemáticas que afectan a la infancia refugiada. La FASIC ha detectado la necesidad de trabajar más profundamente con adolescentes y se está discutiendo la posibilidad de generar espacios de encuentro y creatividad. La unidad de mujeres en riesgo de la VPS, con el soporte profesional del Programa de Atención en Salud Mental para Inmigrantes y Refugiados de la Universidad Alberto Hurtado (PRISMA), ha iniciado una serie de talleres con NNA, divididos en grupos de edad, con foco en cuatro ejes: educación, salud, derechos, y desarrollo personal y de la autoestima. En paralelo a esta línea de trabajo personalizado, espera desarrollar una línea de trabajo comunitario de gestión conjunta con las instituciones con las cuales interactúan los/las NNA que participan de los talleres. Estos procesos se han visto apoyados por la serie de diagnósticos participativos que involucran a la población de NNA –de los cuales también se nutre este texto– impulsados por el ACNUR.

PROBLEMÁTICAS QUE AFECTAN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES REFUGIADOS/AS EN CHILE

El material recolectado para este estudio nos ha permitido identificar una serie de problemáticas que afectan a la población de referencia. A continuación se describen algunas de ellas.

1. Problemáticas relativas al ingreso al país y al procedimiento de determinación de la condición de refugiado

A lo largo de la investigación realizada se ha detectado la preocupación de las agencias no gubernamentales que trabajan con población refugiada, y de la población refugiada misma, respecto de diversas situaciones que menoscabarían el derecho a solicitar asilo. Estas situaciones afectan directamente a las personas adultas que intentan manifestar su voluntad de solicitar asilo pero, teniendo en cuenta el arribo de grupos familiares, también generan riesgos para los/las niños/as.

En primer lugar, se menciona el *rechazo en frontera* que, según diversas fuentes, suele ir acompañado de maltrato –al menos verbal. En particular, en la frontera norte, las mujeres afrocolombianas reportan reiteradamente sufrir rechazos fundados en estereotipos que las vinculan con la prostitución como fuente voluntaria de trabajo. Otros testimonios sugieren que las personas que solicitan asilo en la frontera son menos de las que podrían hacerlo, en parte por desconocimiento de la posibilidad de buscar protección en Chile –lo cual hablaría de la ausencia de una actitud proactiva por parte de los agentes públicos en frontera (principalmente, la Policía de Investigaciones - PDI) en la identificación de posibles solicitantes de asilo y la provisión de información pertinente– y, en gran medida, por temor al rechazo.

El rechazo en frontera tiene como efecto la búsqueda de ingreso por pasos no habilitados, con riesgos para la seguridad personal no solo porque se trata de una zona inhóspita, sino también porque allí operan redes de tráfico y de trata humana. En una suerte de círculo vicioso, el ingreso irregular –que, según la PDI, ha mostrado un aumento el último año– tiene, como veremos, consecuencias sobre la viabilidad de solicitar asilo, particularmente en Iquique.

En lo que respecta al rechazo en frontera que involucra directamente a NNA, una situación frecuente es la obstaculización de la entrada a niños/as que arriban con sus padres cuando estos no pueden presentar documentación que acredite filiación con validez para la administración

pública chilena. Es el caso de no pocos/as niños/as que no han sido registrados en sus países de origen y/o cuyos progenitores solo cuentan con un certificado de parto –documento no válido para acreditar filiación. Sin embargo, es pertinente notar que no a todos los extranjeros que ingresan al país con hijos/as se les solicita la acreditación de filiación en frontera.

También se han registrado situaciones de rechazo en frontera a NNA separados de su familia que llegan con tíos o tutores. Entre otros, resaltamos el caso de una adolescente afrocolombiana separada de sus padres que llegó acompañada por otros familiares a un paso de la frontera con Bolivia. Allí el grupo manifestó su intención de solicitar asilo y sus integrantes acreditaron ser desplazados internos en Colombia. Sin embargo, los agentes de control migratorio desestimaron la petición, agravaron a los solicitantes y rechazaron su ingreso. El grupo debió permanecer durante días del lado boliviano. Uno de los progenitores de la adolescente, que se encontraba ya en territorio chileno, gestionó la intervención de una oficina de derechos humanos para facilitar el ingreso de su hija y acompañantes.

Suscitan también preocupación una serie de prácticas ejercidas por los funcionarios de Extranjería en las gobernaciones provinciales encargados de recepcionar las solicitudes de asilo, que apuntarían a evaluar si la petición responde a las causales de inclusión propias de la definición de refugiado adoptada en la Ley de Protección a Refugiados o a otros móviles, de modo de acoger o no el trámite –y, en este último caso, brindar orientación sobre otras visas. Dichas prácticas constituirían una instancia previa al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado/a –de allí que se hable de *preadmisibilidad*–, que obstaculiza/impide el acceso a dicho procedimiento en forma incompatible con el principio de no-devolución de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y con el propio texto de la Ley N° 20.430, donde se establece que la función de decidir sobre el reconocimiento o rechazo de las solicitudes de asilo recae única y exclusivamente en el Subsecretario del Interior. Las prácticas reportadas incluyen: 1) la utilización del ingreso irregular como pretexto para negar la toma del trámite, 2) la aplicación de un mecanismo engañoso por el cual se induce a la persona pedir una visa por contrato de trabajo a la vez que se le entrega la hoja informativa correspondiente, cuya aceptación, se alega más tarde, conlleva la imposibilidad de solicitar asilo, 3) la realización de una entrevista previa a la indicada en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado/a, de la cual no queda registro para el/la interesado/a, 4) la exigencia de documentos probatorios sin fundamento legal y en plazos imposibles de conseguir, 5) la disuasión, ya sea de manera amable o mediante el recurso al trato denigrante (tratar

a las personas de mentirosas y expresar sospechas sobre sus relatos). Cabe resaltar que la opción por otro tipo de visa que no sea la de refugiado/a implica que la persona no gozará de protección internacional y podrá ser pasible de extradición y/o expulsión –circunstancias que repercutirían sobre el bienestar de los/las niños/as bajo su tutela.

En este contexto, surge como interrogante, frente a la ausencia de niños/as titulares de casos de asilo, si es que los/las niños/as solicitantes junto a un titular adulto no sufren persecución individual o es que no se han dispuesto medidas necesarias para identificar posibles formas de persecución específicamente dirigida a ellos/ellas. La detección de causales de inclusión aplicables a los/las niños/as tendría, en función del principio de unidad familiar, consecuencias sobre el reconocimiento de la condición de refugiado/a de sus padres si se les hubiera denegado el asilo.

Otras preocupaciones se refieren a las *demoras* en el inicio del trámite de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiados/as de NNA ante la falta de ciertos documentos. Esto ha sucedido con niños/as no registrados/as en sus países o cuyos progenitores no portan la partida de nacimiento –y menos aún, sellada en el consulado chileno en el país de origen–, o solo portan certificado de parto. Recordemos que, por la naturaleza misma del asilo, muchas personas no viajan con documentos e, incluso, se ven imposibilitados de recuperarlos para presentar en el lugar de llegada. Por legítimas razones de protección, en cumplimiento de los compromisos asumidos de cara a la Convención sobre los Derechos del Niño y en virtud de las normas de ingreso y egreso de menores de 18 años al/del territorio nacional, el DEM solicita que se acredite la filiación –proceso que se deja en manos del SENAME y en el que intervienen los tribunales de familia, los cuales pueden ordenar la realización de un examen de ADN, además de la entrega del cuidado personal provisorio a los presuntos padres. Así y todo, no parece haber contradicción con la posibilidad de encauzar la tramitación de la petición de asilo de los/las niños/as en cuestión de modo de garantizar el tipo de protección internacional que se está solicitando. Una situación parecida se da cuando un/a niño/a está acompañado solo por uno de los progenitores. En ese caso, y siguiendo lo establecido en la normativa migratoria, se requiere la autorización del otro; esta exigencia es difícil de satisfacer cuando se trata de personas dadas por desaparecidas en el marco de conflictos armados, por ejemplo. También en estas circunstancias el DEM da aviso al SENAME y este, a los tribunales de familia que, luego de sondear las posibilidades de obtener dicha autorización –valdría examinar si esas gestiones entran en tensión con el principio de confidencialidad–, pueden emitir una

autorización judicial. Si bien el DEM estima una demora de diez días para resolver esta situación, se ha informado de al menos un caso en Arica en el que una madre solicitó asilo para su hijo en junio de 2011, y a octubre no había logrado que accediera al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

La actuación del SENAME en materia de asilo se ha visto facilitada por el inicio de coordinaciones con el DEM tendientes a la elaboración de procedimientos de acción para diversas circunstancias en que se ven involucrados niños/as. Un avance en relación con el ingreso de NNA no acompañados/as es el mencionado proceso en curso de preparación de un procedimiento conjunto entre el DEM, la PDI y el SENAME, que asegurará la asignación de un cuidador para los/las niños/as solos/as.

2. Sobre el acceso a la educación

Diversas fuentes han destacado que, en términos generales, los/las NNA refugiados/as tienen acceso al sistema educativo. La mayoría de estos/as niños/as se encuentran cursando estudios en escuelas públicas y en escuelas particulares subvencionadas por el Estado, en parte gracias a los aportes focalizados del Estado y a otros que gestionan y administran algunas agencias que apoyan a la población refugiada. En Santiago, los/las NNA refugiados/as acuden a escuelas dispersas, en especial en las comunas de Independencia, Conchalí, Cerrillos y Peñalolén. Incluso se habla de un buen rendimiento promedio de la población refugiada escolarizada. Los graduales avances en el plano normativo impulsados por las necesidades educativas de una creciente población migrante garantizan, en el papel, el derecho a la educación para migrantes y refugiados/as. Un *Instructivo sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos(as) inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial*, emanado del Ministerio de Educación en 2005¹², facilita la incorporación de alumnos/as migrantes –independientemente de la situación migratoria de sus padres y del estado de legalización de los certificados de estudio obtenidos en el extranjero– a las escuelas chilenas a través de la figura de la “matrícula provisoria”, que otorgará los mismos derechos y beneficios que la matrícula regular¹³. En 2007 se aprueba un

¹² MINEDUC, Ord. N° 07/1008, del 29 de julio de 2005. Un antecedente de este instructivo fue la *Iniciativa ministerial por el derecho a la educación: integración, diversidad y no discriminación*, de 2003, que buscaba asegurar el acceso inmediato de los niños al sistema escolar más allá de la condición migratoria de los padres o del estado de legalización de su documentación académica.

¹³ Para ello será necesaria la autorización del respectivo Departamento Provincial de Educación y un documento que acredite su identidad y edad, y otro que acredite los últimos estudios cursados en el

decreto del Ministerio de Educación que regula los *procedimientos para el reconocimiento de estudios de enseñanza básica y enseñanza media humanístico-científica y técnico-profesional y de modalidad educación de adultos y de educación especial*¹⁴. La sanción de la Ley de Protección a Refugiados ha generado avances en relación con la promoción y la certificación de estudios de los/las niños/as refugiados/as. Sin embargo, en la práctica, parecen subsistir una serie de trabas y dificultades que atentan contra el ingreso y permanencia de la población refugiada en las instituciones educativas.

Estas dificultades tienen expresión ya en el nivel inicial. Si bien la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) ha mostrado interés por la temática de la migración y el asilo sellando un acuerdo con el Ministerio del Interior para garantizar el acceso de niños/as solicitantes de asilo y refugiados/as a las salas cuna y jardines de infantes del país, y promoviendo la inclusión de niños/as extranjeros/as a través de la incorporación de jardines infantiles interculturales¹⁵, no ha prestado igual atención al momento de resolver la situación que afecta a los/las niños/as que arriban al país fuera del plazo de inscripción y se encuentran sin cupo. Al problema de la falta de cupos se suma el hecho de que los horarios de los jardines suelen ser cortos y son pocos los jardines con horario extendido. Las madres de niños/as refugiados/as forzadas a incorporarse al mercado laboral, pero sin contar con el apoyo de redes en la misma medida que las madres chilenas, se enfrentan a la difícil tarea de conciliar el plano laboral y el del cuidado familiar. Esto acarrea también consecuencias psicológicas para los/las niños/as, que pueden asumirse como un problema para la familia.

Personas entrevistadas informaron que los jardines de la JUNJI exigen ficha de protección social pero el acceso a ella requiere de la cédula, que no siempre se otorga automáticamente, como ha sucedido con algunos reasentados; en ese sentido, el desfase temporal lleva a que se pierda la vacante. Las posibilidades de usufructuar el sistema de jardines de la JUNJI también se ven afectadas por discrecionalidades de nivel municipal en las exigencias establecidas: en Conchalí, por ejemplo, se exige residencia definitiva para la obtención de la ficha de protección social, lo cual perjudica a

país de origen, sea que este se encuentre o no debidamente legalizado. La matriculación provisoria de un/a extranjero/a conlleva para el establecimiento la subvención correspondiente.

¹⁴ MINEDUC, Decreto N° 02272/2007.

¹⁵ En ese marco, organizó la “Primera Jornada de Diálogo sobre la Educación Parvularia Intercultural desde la temática del Refugio” (agosto 2008) y la publicación de materiales que apoyan la reflexión sobre la educación intercultural (como el libro “Juan Jesús: de Perú a Chile” de la serie “Niños y niñas de los pueblos indígenas de Chile e inmigrantes”).

la población de solicitantes de asilo, a quienes se otorga visa de residencia temporaria.

En otros niveles, particularmente en Iquique, se registra una grave falta de matrícula en educación. La búsqueda de matrícula para los/las niños/as afrodescendientes es una problemática constante en el último tiempo. Desde la Dirección Provincial de Educación de Iquique se ha colaborado en esta tarea, en coordinación con la Oficina de Protección de Derechos del SENAME en esa ciudad (OPD Infancia Iquique). Así y todo, las dificultades para matricular a los/las niños/as en la escuela continúan, en especial para quienes llegan avanzado el año lectivo. Un diagnóstico participativo realizado en esa ciudad levantó el testimonio de un solicitante de asilo de 15 años que, a dos meses de haber arribado a Chile, aún no había conseguido inscribirse en la escuela:

“ me ha costado tener matrícula, porque a mi mamá le dicen que ya se acaba el año y que no vale la pena matricularse que espere mejor hasta el otro año...”.

“ teniendo un documento del señor de la corporación de educación [de la Dirección Provincial de Educación de Iquique], en diferentes escuelas me dijeron que no tenían matrículas, aunque fuera de la China, dijeron que el señor de Educación no manda...”.

Sumado a ello, la madre del adolescente reportó que en la oficina del DEM en Iquique le informaron que, de no matricular a su hijo en la escuela, *“podrían retirar su solicitud de refugio”*.

También se ha observado en Iquique que, para la renovación de la matrícula, se exige certificado de nacimiento original –documento que la población refugiada no siempre posee o está en condiciones de conseguir. La dificultad para encontrar y mantener plaza en las escuelas parece tener alguna vinculación con una actitud de rechazo de los agentes escolares a la población refugiada, fundada sea en el desconocimiento y la problematización de cómo proceder para la incorporación de estos/as niños/as, sea en ideas xenóforas y racistas.

En efecto, la interiorización por parte de las escuelas de la normativa relativa a los extranjeros en el sistema educativo no es un proceso acabado. Según la experiencia de las agencias no gubernamentales que trabajan con población refugiada, la regularización de los estudios de los/las niños/as refugiados/as que no pueden acreditar sus años de estudio previos ha generado contradicciones tanto en el interior del Ministerio de Educación –donde se reportan decisiones discrecionales según la

Dirección Provincial de la cual se trate— como entre el Ministerio y las escuelas: diversas escuelas parecen resistir el mandato ministerial y no se han interesado en informarse y aplicar los procedimientos establecidos. En ese sentido, un problema recurrente es la escasa información ofrecida a los/las refugiados/as sobre la posibilidad de ingreso a la escuela con matrícula provisoria y sobre las modalidades de validación de los estudios previos para convertir la matrícula provisoria en regular, además de la improcedente exigencia primera de presentar cédula chilena —no siempre disponible: se han denunciado demoras de hasta dos meses en la entrega de cédulas a solicitantes de asilo— y certificados de estudio legalizados por el Ministerio de Educación, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Consulado de Chile en el país de origen¹⁶, conflicto que tiende a resolverse luego de múltiples instancias de negociación. Para quienes llegan a mitad de año, la falta de información certera suele implicar la pérdida del año escolar.

Existen registros de la confusión y desinformación de la población refugiada en materia de educación:

“Cuando llegué a realizar el trámite no sabía dónde ir”.

“El señor XX (autoridad de Educación), me decía que como refugiados no debían exigirnos los documentos”.

“Los niños quedan condicional hasta que tenga todos los documentos en regla y no sé qué documentos debo tener, además uno no trae documentos, si solo quiere estar tranquilo en otro lugar”.

A esta fuente de tensión para la población refugiada se suma la disparidad de criterios —por edad o por conocimiento— aplicada a la hora de homologar estudios, aunque la tendencia es incorporar a los/las niños/as en cursos de nivel más bajo de lo que les correspondería. La validación no aparece como problemática para niños/as que inician la primaria, donde suele resolverse como *proceso* en el que se evalúa el manejo de contenidos en el curso, pero sí deriva en situaciones complejas en etapas más avanzadas de escolaridad. El pasaje a la escuela media suele resolverse mediante una forzada repitencia del último año de la escuela básica o mediante un *examen* de validación de estudios que incluye cinco materias (para cubrir de primero a cuarto básicos: lenguaje, matemática y naturaleza; de quinto a octavo, idioma y ciencias sociales/historia —con contenidos de historia

¹⁶ La norma vigente denomina *convalidación* a la equiparación de estudios cursados en el extranjero cuando media documentación probatoria debidamente legalizada. En los casos en los que esta no se encuentra disponible, la equiparación se realiza a través de un examen o de un proceso de *validación* (Decreto N° 02272/2007).

chilena). Si bien el examen de validación está destinado a una variedad de niños/as, extranjeros/as y nacionales, para niños/as que, además de encontrarse en un nuevo contexto, han atravesado situaciones de conflicto y huida, la instancia de examen puede presentar dificultades adicionales. El DEM ha reportado la resistencia de algunos padres a utilizar esta vía para garantizar la escolaridad de sus hijos/as.

Según referentes del trabajo en la asistencia a la población refugiada, los agentes escolares no tienen “visión de refugio” –no saben qué es un/a refugiado/a ni conocen las particularidades y necesidades específicas de esta población– frente a una “perspectiva migratoria o de extranjería” que sí ha ganado algún terreno en escuelas con experiencia en la recepción de inmigrantes. De todos modos, concuerdan que para el agente público las situaciones especiales representan un peso que abordan con gran incomodidad, prefiriendo, si no expulsar al “elemento problema”, delegar responsabilidades en las organizaciones de la sociedad civil que prestan asistencia a los/las refugiados/as. A la vez, las actividades de monitoreo y seguimiento que estas desarrollan suele generar resquemor en las instituciones educativas. La reactividad al trabajo en red con estas organizaciones, antes que facilitar la construcción de soluciones duraderas, perpetúa posturas institucionales generalizadas de insensibilidad a la diversidad y la diferencia. Los casos en que se conjugan problemáticas de la adolescencia y del asilo son particularmente rechazados. La expulsión no se ejecuta tanto en términos formales como a través de formas de hostigamiento persistentes de parte de autoridades y docentes. La VPS informa sobre el caso de un niño africano de 14 años que, al no poder acreditar sus estudios previos conforme a la ley, fue matriculado provisoriamente en el curso de quinto básico –con el impacto psicológico negativo que ello implica. Actualmente se prepara, sin que la escuela le brinde el refuerzo escolar personalizado que requiere, para el examen de validación de estudios básicos y sufre, de parte de los propios docentes, hostilidades que vive como forma de expulsión (“a ti no te irá bien en la prueba”, “seguro vas a repetir”). La sugerencia de la institución es ubicarlo en la escuela de adultos, medida que no corresponde en función de la edad del niño y que también tendría fuerte impacto psicológico. Este caso pone en evidencia al menos cuatro cuestiones: 1) que faltan elementos para apoyar académicamente a alumnos/as no familiarizados/as con el contexto chileno y cuyos padres carecen de capital social, económico y/o cultural para guiarlos; 2) que los criterios administrativos con que opera la escuela no permiten asir los casos que, como es plausible que suceda con la población refugiada, aparecen como excepcionales y marginales; 3) que la

resolución de este tipo de situaciones requiere de niveles de flexibilidad, sensibilidad y comprensión intercultural –quizás más en la lógica de las acciones positivas– que, de momento, no es moneda corriente¹⁷; y 4) que la discriminación institucionalizada está presente en la escuela, incluso dentro del aula.

La discriminación ejercida por los/las propios/as profesores/as, que puede manifestarse bajo la forma de maltrato psicológico –a través de humillaciones y agravios de corte racista, por ejemplo– e incluso físico, es una queja reiterada entre la población refugiada. Algunos testimonios apuntan que:

“El estudio con los niños es todo un trámite, reacciones de racismo, por ser de Colombia [] hasta los profesores molestan, siendo profesores, tienen discriminación racial...”

“Los profesores en los colegio les dicen a los niños que estorban”.

“Yo tuve un problema con un profesor, me encontraba rayando la mesa, me dijo que si tenía algún problema lo arregláramos afuera”.

“Los profesores le pegaban a mi hija...”

En esta tónica, destaca como problemática adicional el *bullying* del que son víctimas preferenciales migrantes y refugiados/as. En los espacios escolares hay tensiones con el grupo de pares toda vez que los/las extranjeros/as resaltan por sus particularidades lingüísticas, culturales y/o fenotípicas (los niños colombianos son percibidos como guapos y caballeros; las niñas como especialmente coquetas) o por su buen desempeño (generalmente asociado al hecho de que se los/las nivela hacia abajo y, en consecuencia, se encuentran sobrecalificados/as):

“En todos los colegios me ha tocado hablar, en Santiago y acá. A los niños y a mi hija les han pegado, a mi niña me la han cacheteado, dejándola con la cara morada, tres niños más grandes le pegan a mi Mateo y él, después que lo golpearon, se refugió en la biblioteca”.

“Yo sé que para mis paisanos de color es más difícil, pero mis hijos han sido discriminados, les dicen que se larguen a su país”.

“A mi niña le pegan y le tuve que decir ‘mamita, aquí te toca levantar la mano’; he tenido que ir a hablar al colegio porque la amedrentan”.

“Ella resalta por las notas y todo el salón la agarra con ella”.

¹⁷ La VPS informa que incluso se han topado con jefes de Unidad Técnica Pedagógica (UTP) que aconsejan no hacer diferencias entre niños/as refugiados y chilenos/as, y que unos y otros deben cumplir con las demandas escolares de la misma manera.

Frente a situaciones de *bullying*, se han registrado tanto algunas formas de acompañamiento (en Iquique, por ejemplo, la OPD monitorea el tema; también existen casos en que, denuncia mediante, el tema queda a cargo de una fiscalía) como una tendencia de las escuelas a minimizar el asunto, naturalizando las agresiones entre alumnos/as. En todo caso, el manejo de estas situaciones no contempla el impacto diferencial que esta nueva forma de inseguridad tendría sobre una población que busca protección de cara a experiencias previas de violencia, y no se han buscado modalidades de abordaje de esta problemática ajustadas a las vivencias de los/las niños/as refugiados/as. Es este un desafío que la aplicación de la flamante Ley sobre Violencia Escolar deberá enfrentar.

Haciendo foco en los/las adolescentes, cabe destacar que el clima escolar hostil producido por las trabas al ingreso y permanencia en la escuela, la discriminación emanada de los agentes escolares y el acoso ejercido por el grupo de pares están lejos de generar incentivos para que completen sus estudios en Chile. Sumado esto a la frecuente necesidad de ayudar a los padres –sea en tareas de cuidado de hermanos/as menores o realizando alguna actividad laboral– y, en ocasiones, a la falta de información sobre modalidades alternativas de estudio, nos encontramos con un número de adolescentes para quienes la escuela no funciona como espacio de contención, de orientación vocacional, de canalización de inquietudes ni de socialización –necesidades que pueden buscar cubrir de maneras no siempre socialmente aceptadas. El caso de dos solicitantes de asilo colombianos formalizados por desmanes en el marco de la actual protesta estudiantil nos acerca a esta realidad: sin haber logrado retomar los estudios en Chile, en su relato, los hechos que originaron la formalización ocurrieron porque “no tenían nada mejor que hacer”¹⁸.

En lo que respecta a la continuidad de los estudios y el acceso a la educación superior, si bien estos se ven condicionados por la situación económica y de integración social de cada familia, la mayoría de los/las adolescentes y jóvenes refugiados/as buscan ingresar al mercado laboral al finalizar la educación media. Los esfuerzos familiares por costear principalmente los gastos de vivienda suelen restringir las oportunidades de inversión en educación superior. La falta de perspectiva de estudio inmediato para quienes hubieran tenido posibilidades de cursar estudios superiores en el país de origen es experimentada como una “caída”. Un reclamo generalizado de esta población es la discriminación *de facto* en

¹⁸ Interesantemente, uno de ellos había buscado continuar sus estudios y estaba citado a entrevista con una autoridad escolar en el momento de los incidentes. En contradicción con la norma que establece el acceso a la educación aún sin cédula chilena, dicha autoridad se negó a recibirlo hasta tanto no contara con el documento que le fue retenido a raíz de la formalización.

el acceso a becas y créditos para educación superior, ya que aun cuando se incluya a los extranjeros en el proceso de postulación, se prioriza en la práctica a los/las postulantes nacionales. En vista de ello, los/las adolescentes y jóvenes refugiados/as buscan apelar a excepciones y especificidades de cada universidad –información que no es siempre de fácil acceso. Más accesible parece ser un fondo de beca concursable que ha permitido a algunos/as acceder a estudios técnicos superiores. Aun así, la norma parece ser la falta de acceso a los estudios superiores, restando oportunidades, especialmente a las mujeres, para alcanzar niveles de calificación que abran sus opciones laborales.

3. Acceso a la salud

La mayoría de las personas entrevistadas coincidió en señalar la salud como una de las necesidades mejor resueltas de la población refugiada. La queja más frecuente –y extendida también entre los/las nacionales– refiere a los tiempos de espera para la atención especializada.

Un hito en el camino hacia el acceso a la salud para la población refugiada fue la intervención del Ministerio de Salud, a través del ahora desmantelado Grupo de Trabajo en Salud de Inmigrantes y Refugiados, que posibilitó el acceso a las prestaciones del Fondo Nacional de Salud (FONASA) de los/las solicitantes de asilo –quienes, antes de la sanción de la Ley de Protección a Refugiados, no contaban con cédula chilena– en igualdad de condiciones que los/las chilenos/as, mediante la creación de un RUT “ficticio”. Con el otorgamiento de visa temporaria y cédula a los/las solicitantes de asilo según se establece en la Ley, la utilización de ese RUT no es necesaria para quienes solicitan asilo en la actualidad. Sin embargo, en la XV Región, se han observado demoras en la entrega de visas temporarias y de cédulas de identidad a solicitantes de asilo que retrasan la inscripción y la emisión de fichas en los centros de salud de la red pública: esto dificulta la entrega de fármacos¹⁹. También se han registrado demoras de más de un mes en la entrega del carnet de FONASA y se ha reportado que en Arica no hay cobertura total de exámenes para niños/as, de modo que algunos de ellos deben realizarse en forma particular. Por otra parte, algunos/as adolescentes dicen no estar informados sobre su derecho a la salud.

En cuanto a la salud sexual y reproductiva, no se han identificado casos de embarazo adolescente pero se carece de información sobre la realización de exámenes ginecológicos periódicos por parte de las adolescentes refugiadas. Los/las adolescentes colombianos/as señalan falencias en la educación

¹⁹ Dicha demora, que quizás constituya una situación particular de esta región, afecta todas las áreas de integración de la población refugiada.

sexual: algunos/as dicen haber tenido un par de clases en el año, en las que “siempre hablamos de lo mismo: enfermedades de transmisión sexual, métodos anticonceptivos, la pastilla, etc.”. Otros/as nunca tuvieron charlas sobre el tema en la escuela. Esto se percibe como un retroceso en relación con la calidad de la educación sexual en el país de origen:

“En Colombia teníamos clases todas las semanas sobre educación sexual, se hablaba mucho de eso. Acá si uno dice algo, todos me miran raro”.

4. Acceso a la vivienda

El acceso a la vivienda, que es, desde hace años, una problemática principal entre la población refugiada, tiene repercusión sobre la calidad de vida de las familias, en especial de aquellas con hijos/hijas.

Si el acceso a los subsidios de vivienda se encontraba ya vedado a la población solicitante de asilo debido a la exigencia de residencia definitiva, la última modificación en el decreto ley sobre el tema, aprobada a mediados de 2011, aleja las posibilidades de postulación también para los/las refugiados/as al cuantificar dicha residencia en al menos cinco años. La solución más frecuente al problema habitacional es el arriendo de habitaciones en las que deben convivir familias enteras. Para las mujeres solas con hijos/as, incluso el arriendo de habitaciones se hace extremadamente difícil. Las complejidades de habitabilidad que la población local puede resolver mediante la familia extendida, a través de la figura del allegado, no encuentran fácil resolución en el caso de la población refugiada que, en mayor medida aún que los/las inmigrantes, suelen encontrarse faltas de redes y socialmente aisladas.

El hacinamiento, la alta rotación, la discriminación ejercida por los propietarios y las dificultades para reclamar so pena de desalojo son precariedades que no permiten estabilidad a los miembros de la familia. Entre otras cosas, los cambios de habitación muchas veces acarrearán cambios de escuela.

5. Trabajo infantil

Una preocupación tanto del Estado como de las agencias que asisten a la población refugiada es la posible existencia de trabajo infantil. Una serie de factores en torno a las circunstancias que viven los/las NNA refugiados/as avala tal preocupación: la búsqueda identitaria asociada a la adolescencia, las hostilidades experimentadas en el ambiente escolar y la responsabilidad que asumen los/las adolescentes refugiados/as frente a sus familias pueden combinarse para despertar el deseo de salir a trabajar. De todos modos, aunque se conocen casos de menores de 16 años que

realizan tareas remuneradas –tales como modelar o ayudar en un cibercafé–, el seguimiento que distintas agencias hacen de las familias asistidas arroja indicios de que, por lo general, los/las niños/as refugiados/as bajo su asistencia no trabajan. Eso, por supuesto, no implica que aquellos/as que escapan al monitoreo no lo hagan. Más común, en cambio, es que colaboren con sus padres asumiendo tareas domésticas y de cuidado de personas, en particular, de sus hermanos/as.

6. Problemáticas psicosociales y salud mental

Las personas entrevistadas coinciden en afirmar que la crisis y el proceso de construcción de identidad comúnmente asociados a la adolescencia adquieren un carácter particularmente complejo en el caso de los/las adolescentes refugiados/as. La violencia vivida personalmente o a través de los padres parece hacer eclosión en esta etapa y la situación de asilo puede potenciar los cuestionamientos propios de la transición a la adultez y sus expresiones en el plano emocional y conductual.

En los casos de las personas que han llegado a Chile con su familia siendo niños/as, es dable que sea a partir de la adolescencia que comiencen a dimensionar la situación familiar. Para los/las adolescentes que se reencontran con sus progenitores luego de años de separación provocada por desplazamientos internos o por la salida forzada de algún miembro de la familia, la reunificación en el contexto de asilo, además, puede poner en evidencia la falta de códigos comunes e implicar ajustes para la convivencia que generen conflictos de consideración. En los casos en que hubo pérdida violenta o desaparición de alguno de los padres, suele iniciarse la reconstrucción de la propia historia con vacíos y sentido de abandono. Quienes trabajan cotidianamente con esta población perciben que los/las adolescentes refugiados/as se tornan fuertemente opositoristas y generan alta resistencia al mandato adulto, culpabilizando a los padres por la situación no deseada en que se encuentran. Las tensiones culturales emergentes en el contexto de asilo fungen de agravante: suele ocurrir que una actitud culturalmente preservacionista de los padres colisione con el deseo de “chilenizarse” de los/las adolescentes –esto incluye desacuerdos en torno a la vestimenta, las maneras de socializar, las rutinas y horarios, y los usos lingüísticos. La necesidad de participar de redes sociales que reemplacen a aquellas perdidas con la partida del lugar de origen no se satisface fácilmente para los/las NNA refugiados/as, en parte debido a actitudes aprendidas de desconfianza de los progenitores que prescriben cautela frente a las nuevas amistades de sus hijos/as en Chile. Con frecuencia, los conflictos mencionados representan un factor adicional de estrés para los padres, que suelen encontrar dificultades para afrontarlos.

Esto no es ajeno a una problemática más profunda, ligada a la experiencia del asilo, y que está en el centro mismo de las complejidades que caracterizan la adolescencia de los/las refugiados/as: las dificultades que pueden experimentar los progenitores para producir narrativas explicativas que permitan a los hijos comprender las circunstancias que derivaron en el asilo. Se ha detectado que los padres suelen evitar dar información sobre el tema a sus hijos, cuando no directamente ocultarla, cifrarla en clave de cuento infantil (hablar de gatos y ratones, por ejemplo) o inventar historias al respecto. El tipo de relato generado por los progenitores puede llevar a la creación de “climas” o “fantasías” familiares que tiñen los espacios más íntimos de la familia y tienen impacto sobre la salud mental de sus miembros –de manera especial, de los/las adolescentes en proceso de armar sus narrativas vitales.

Otro fenómeno que resalta en relación con la adolescencia en situación de asilo en Chile es la parentalización de los/las hijos/as mayores de familias refugiadas monoparentales. Si, en general, se observa que los/las NNA poseen conductas más cercanas a las de los/las adultos/as –siendo la más temprana sexualización de las niñas un rasgo que llama la atención en el contexto chileno–, en el caso de los hijos de mujeres solas se registran importantes niveles de asunción de responsabilidades.

En virtud de las complejidades de las dinámicas familiares arriba descritas, la violencia familiar no está ausente de las preocupaciones de quienes trabajan con la población refugiada en Chile. De momento, son acotados los casos en que esta se ha identificado y se han realizado intervenciones que involucran la vía judicial. Estos casos ponen sobre el tapete el círculo vicioso de la violencia intrafamiliar, al revelar cómo los/las niños/as se asumen como causa de la violencia ejercida por sus padres y los justifican. En ese sentido, los socios operativos del ACNUR llaman la atención sobre la necesidad de identificar situaciones que puedan potencialmente poner en riesgo la integridad física y psicológica de los/las NNA refugiados/as para intervenir de manera preventiva y evitar el estallido de situaciones críticas. Sin perjuicio de ello, a la luz de los estudios sobre moralidades que muestran la agudización de exigencias y la mayor rigidez en las evaluaciones morales hacia los “otros” –en especial en el terreno de la maternidad–, cabe reflexionar sobre el componente de prejuicio que puede contener una acusación de violencia familiar que recae sobre una madre refugiada.

Estas situaciones reclaman un enfoque promocional y preventivo extendido en salud mental, además de la intervención reparativa en los casos en que se necesita. Sin embargo, los/las entendidos/as sostienen que Chile no está preparado para afrontar las consecuencias del asilo en la salud mental. Son escasos los espacios especializados –y los recursos que permitan hacer

uso de ellos— con capacidad para abordar la experiencia de familias con violencias asociadas al asilo y la de NNA que no siempre tienen claridad sobre por qué están en Chile en calidad de refugiados/as.

7. Otras problemáticas relacionadas: familias refugiadas con hijos nacidos en Chile

Si bien no referida estrictamente a NNA refugiados/as, una problemática emergente en las entrevistas realizadas es la que afecta a las familias refugiadas con hijos/as nacidos/as en Chile. Salvo en casos puntuales —niños/as inscriptos como apátridas cuando se considera que la madre es transeúnte—, los/las niños/as nacidos/as en Chile tienen derecho a la ciudadanía y la nacionalidad chilenas y acceden a los beneficios asignables a la población chilena. Por esa misma razón, quedan excluidos de algunos beneficios especiales destinados a la población refugiada (por ejemplo, no acceden a la beca de educación que se incluye en los subsidios para refugiados/as). Esto obliga a las familias a aprender dos lógicas de funcionamiento diferentes para gestionar la satisfacción de sus necesidades ante la administración pública —siendo la comunicación con el Estado en materia de asistencia y bienestar tanto más espinosa para un/una extranjero/a que para un/a local. Por otra parte, incluso cuando la diferente nacionalidad de los/las hijos/as tenga consecuencias en su tratamiento administrativo, en la sociabilidad cotidiana tanto unos/as como otros/as son percibidos/as y tratados/as como extranjeros/as. Las familias refugiadas con hijos/as nacidos/as en Chile se encuentran, así, atravesadas por problemáticas entrelazadas que tienen efectos identitarios: una relacionada con las dificultades que enfrentan algunos/as de sus miembros por ser extranjeros/as residiendo en Chile; otra vinculada al malestar que genera el divorcio entre estatus administrativo y social en los/las niños/as nacidos en el país de asilo y una tercera asociada a las tensiones que surgen de la diferente nacionalidad de los/las hijos/as y su acceso diferencial a beneficios. Esta conjunción de problemáticas, que requiere de un enfoque de “familia refugiada”, no ha sido aún atendida.

RECOMENDACIONES

Las problemáticas identificadas nos sugieren las siguientes recomendaciones para una política pública que contemple los derechos de los/las NNA solicitantes de asilo, refugiados/as y reasentados/as:

- 1) A los fines de conocer y diseñar medidas de atención, protección y asistencia adecuadas a la población refugiada en Chile y, en particular, a los NNA, desarrollar un sistema de registro y procesamiento de datos que permita la producción periódica de información desagregada, como mínimo, por edad, sexo, nacionalidad, situación/

- tipo de resolución del trámite de reconocimiento de la condición de refugiado. Sería deseable el relevamiento sistemático de información adicional tal como vía de ingreso, lengua/s hablada/s, autoidentificación étnica y, en el caso de los/las NNA, detalles sobre la situación al ingreso (con padre/s o tutor/es, separados/as, no acompañados/as).
- 2) Instrumentar medidas tendientes a eliminar las prácticas de rechazo en frontera y a revertir progresivamente las prácticas de preadmisibilidad, especialmente cuando involucran a NNA.
 - 3) Sin perjuicio de la adopción de procedimientos de comprobación de filiación ante la imposibilidad de los padres de presentar documentación válida ante el Estado chileno, dar pronto inicio a los trámites de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a referidos a NNA.
 - 4) Asegurar la emisión expedita de visas temporarias para solicitantes de asilo y de la cédula de identidad, evitando demoras que pudieran atentar contra el acceso efectivo a derechos fundamentales.
 - 5) Implementar medidas para detectar formas de persecución sufridas por los/las NNA, con independencia de las causas que motivan la solicitud de asilo de sus padres o tutores.
 - 6) Avanzar en el diseño de los procedimientos para la atención de NNA separados/as y no acompañados/as que redunden en la construcción y puesta en funcionamiento de *protocolos* de actuación. Ceñidos en sus lineamientos generales a los estándares internacionales de protección de NNA y de población refugiada y haciendo énfasis en la garantía del interés superior de los/las niños/as y su derecho a participar en los asuntos que los/las conciernen, dichos protocolos deben contener especificaciones sobre todos los agentes involucrados –con la deseable participación de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con población refugiada–, sus responsabilidades, el circuito de comunicación y el encadenamiento de acciones a seguir. Los protocolos deberían contemplar, entre otros aspectos:
 - ✓ medidas para identificar y registrar a los/las niños/as separados/as y no acompañados/as con celeridad y de manera sensible a sus necesidades;
 - ✓ instancias y procedimientos de evaluación de la idoneidad del tutor con el que arriba el/la niño/a;
 - ✓ un procedimiento para la designación de tutor cuando se evalúa que el existente no es idóneo y en caso de NNA no acompañados/as, y especificación de sus obligaciones y los alcances de su rol;

- ✓ definiciones sobre las instituciones y/o los agentes que se harán cargo de la asistencia jurídica/representación legal gratuita y sobre los requisitos profesionales que estos agentes deben cumplir (apuntado, preferentemente, a la profesionalización y especialización de quienes cumplan este rol);
 - ✓ detalles sobre la participación de un traductor si fuera necesario (contemplar convenios con departamentos universitarios de traducción y colegio de traductores, crear pool de traductores de distintas lenguas, etc.);
 - ✓ definiciones sobre los agentes que se harán cargo de que el/la niño/a acceda a una vivienda digna, a la educación (incluida la enseñanza de la lengua nacional, de ser pertinente) y a la salud –en particular, para la detección temprana y tratamiento de patologías físicas y mentales– y quiénes tendrán a su cargo el acompañamiento y la asistencia cotidianos;
 - ✓ especificaciones sobre los recursos que se destinarán a tales fines; y
 - ✓ la provisión de capacitación adecuada para todos los agentes involucrados en el protocolo –en especial, capacitación continua para los agentes de frontera y para el/los tutor/es.
- 7) En virtud de la importancia del tutor para garantizar el respeto del interés superior de el/la niño/a, relevar buenas prácticas desarrolladas en otros países de la región y ponderar la posibilidad de replicarlas en Chile. Entre otras, destacamos la creación, en la Argentina, de una Comisión para la Asistencia Integral al Migrante, Refugiado y Solicitante de Refugio en el ámbito de la Defensoría General de la Nación, que lleva adelante programas de representación legal/protección y de acompañamiento de NNA solicitantes de asilo no acompañados/as o separados/as de sus familias. La Comisión comprende la figura de un Tutor Público Oficial Ad-Hoc en Niños, Niñas y Adolescentes Solicitantes de Asilo y de un equipo interdisciplinario que incluye profesionales del derecho, la psicología, la antropología y el trabajo social²⁰.
- 8) Establecer, mediante incorporación al reglamento de la Ley N° 20.430 de Reconocimiento y Protección a Refugiados, medidas que garanticen el goce efectivo del derecho a la educación, incluyendo la difusión de información sobre ingreso con matrícula provisoria y sobre

²⁰ Para más información, ver <http://www.mpd.gov.ar/area/index/titulo/comision-para-la-asistencia-integral-y-proteccion-al-refugiado-y-peticionante-de-refugio-111>.

modalidades de validación de los estudios previos entre la población refugiada y entre las autoridades y administrativos de las comunidades escolares, y la designación o creación de una instancia capacitada para interpretar las normas existentes a la luz de las necesidades de la población refugiada y de monitorear el cumplimiento de dichas normas.

REFLEXIONES FINALES

La situación presentada en este trabajo pone sobre el tapete el hecho de que la infancia refugiada no constituye, en la actualidad, un *tema* social en Chile. La falta de información sociodemográfica inmediatamente disponible y la ausencia de programas específicos dan cuenta de ello. Esta porción de la población refugiada no ha devenido en foco de atención especial, en parte, quizás, debido a la percibida preponderancia de los arribos en familia y a que no se han registrado masivamente en Chile situaciones que pongan en riesgo la integridad física y psicológica de los/las NNA refugiados/as, tales como ingresos reiterados de NNA no acompañados/as o separados/as de sus familias ni casos frecuentes de abuso, explotación o trata sexual y laboral –problemáticas presentes en otros contextos nacionales y que el ACNUR ha considerado asuntos prioritarios. Tampoco se ha registrado la presencia de niños/as que hayan sufrido persecución individual en sus países de origen. En principio, cabría poner en relación hecho y observación y preguntarse si, efectivamente, aquello que no se ve no sucede o si la mirada no se encuentra afinada para identificar este tipo de problemáticas.

En el contexto chileno se han detectado claramente otras situaciones que dificultan el goce efectivo de derechos –situaciones menos ligadas a impedimentos legales formales que a mecanismos administrativos relativamente sutiles, a discriminaciones cotidianas, al desconocimiento, a la aplicación irreflexiva e inflexible de “igual trato” y a la inacción. En algunos casos, se trata de situaciones que afectan directamente a los progenitores pero cuyos efectos sobre los hijos/as son innegables. Las problemáticas vinculadas al ingreso al país, al acceso al trámite de reconocimiento de la condición de refugiado/a y a la educación aparecen como las más visibles; las relativas a la salud mental, las más latentes. A partir de ellas, han surgido, entre quienes trabajan diariamente con esta población, incipientes reflexiones sobre la necesidad y los desafíos de particularizar la atención a este grupo; de intervenir más sistemáticamente en niveles medios de la administración pública para informar y sensibilizar sobre las especificidades implicadas en el asilo; de promover el acceso a la salud mental y generar espacios recreativos/artísticos que permitan el diálogo entre y con los adolescentes refugiados/as. Son estas problemáticas las que

pueden convertirse en la punta del ovillo que abra el camino a la construcción de una mirada específica y afinada sobre la niñez refugiada en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR (2010). *UNHCR Global Trends 2010*. Disponible en: <http://www.unhcr.org/4dfa11499.html>
- ACNUR (2009). “Directrices de protección internacional: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4be3cd7f2.pdf>
- ACNUR, COMITÉ EJECUTIVO (2007). “Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo”. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5642.pdf?view=1>
- ACNUR (2004). “Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor”. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/type,THEMGUIDE,,,4a892dbf2,0.html>
- ACNUR (1997). “Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo”. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6027.pdf?view=1>
- ACNUR (1992). *Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0252>
- ARIÈS, PHILIPPE (1962). *Centuries of childhood: a social history of family life*. Londres: Jonathan Cape.
- CEPAL (2007). “Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe. Síntesis y conclusiones”. Santiago: CELADE/CEPAL.
- DEMAUSE, LL. (Ed.) (1991). *Historia de la infancia*. Madrid: Alianza Universidad.
- MEDINA QUIROGA, CECILIA (s/d). “Comentarios a las Observaciones Finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura”. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/06b-MEDINA.pdf>
- MEDINA QUIROGA, CECILIA (s/d). “La situación de los niños y adolescentes en Chile a la luz de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al tercer Informe Periódico de Chile”. Disponible en: http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/7-Seccion_Nacional/1-Medina_Cecilia/Cecilia_Medina.pdf

6 MARGARITA BECERRA, LAURA ALTIMIR

El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental¹

La salud de las personas que residen en un país es un derecho fundamental, que además de alcance individual tiene alcance colectivo. El que las personas estén sanas y tengan un óptimo estado de bienestar nos concierne a todos los miembros de la sociedad y esto porque vivimos, querámoslo o no, en interrelación unos con otros. El ámbito de la salud es uno de los más sensibles a las múltiples transformaciones que han ocurrido desde la globalización y el aceleramiento de los flujos migratorios. Un ejemplo reciente del cual fuimos testigos, que nos muestra cómo van desdibujándose las fronteras, fue la rápida propagación del virus AH1N1 a nivel mundial, transformándose en pandemia.

Para comprender el fenómeno migratorio y su impacto en la salud y la salud mental de los niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA, migrantes y refugiados, no es suficiente la aproximación desde la dimensión sanitaria. El riesgo es acotar la definición del problema, derivando en respuestas que emergen necesaria y exclusivamente a partir de lo sanitario. Entendiendo la complejidad del tema e intentando realizar un abordaje comprensivo, se hace necesario incorporar múltiples perspectivas que nos permiten superar lo estrictamente sanitario hacia definiciones que incorporan las dimensiones política, legislativa, biológica, psicológica, social, ética, cultural... El análisis multidimensional requiere además ser anclado en un eje contextual, que integra elementos de realidad de un espacio (geográfico) y de un tiempo determinados. El análisis multidimensional

¹ Las reflexiones contenidas en este artículo emergen desde el ejercicio clínico desarrollado en el Programa PRISMA de la Universidad Alberto Hurtado (UAH). Este programa, en funcionamiento desde el año 2008, ofrece atención en salud mental integral para personas migrantes y refugiadas. Los servicios brindados incluyen psicoterapia individual, familiar y de pareja; intervención en crisis y psicosocial; coterapia psiquiátrica; además del desarrollo de investigación clínica. El equipo está conformado por profesionales psicólogos, psiquiatras, asistentes social y sociólogo, constituyendo un abordaje interdisciplinar. Además, el programa trabaja de manera interinstitucional, en estrecha vinculación con iniciativas afines: académicas, de organismos internacionales, de la sociedad civil, de los ámbitos de salud y educación.

contextualizado permite pensar la migración, la infancia, la salud y la salud mental desde un espacio reflexivo donde se puede instalar la conversación multidisciplinar e intersectorial, hacia la generación de iniciativas oportunas y abordajes pertinentes con esta población.

En el siguiente capítulo se abordarán la dimensión legislativa y la dimensión psicosocial, en un acercamiento hacia la comprensión de la temática de la salud y la salud mental de NNA migrantes y refugiados residentes en nuestro país. Desde la dimensión legislativa, se explorará la temática del acceso y equidad en el derecho a la salud en Chile. En el ejercicio contextual, se examinará el marco internacional en materia de derechos a la salud y derechos de la infancia, analizando los ejes relevantes del sistema de salud general y revisando el proceso y las iniciativas para normar y asegurar la incorporación de los NNA migrantes y refugiados al sistema de salud pública. Desde la dimensión psicosocial, se abordará la especificidad de esta población infantil en relación a la salud mental, explorando sus alcances desde estudios diagnósticos nacionales y publicaciones, y desde la percepción de los profesionales e intervinientes. Por último, se hará referencia a los avances y desafíos pendientes en torno a la salud de los NNA migrantes y refugiados, incluyendo una reflexión en torno al impacto de los marcos normativos en la generación de marcos de integración al sistema de salud pública en Chile y analizando las perspectivas que este recorrido evoque.

DIMENSIÓN LEGISLATIVA, ACCESO Y EQUIDAD EN EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE DESDE LA PERSPECTIVA DEL MIGRANTE

El aumento significativo en la última década de la migración económica y forzada y su impacto a nivel sanitario en nuestro país, es una situación emergente que se encuentra en proceso de ser dimensionada. Chile ha realizado avances importantes en cuanto al acceso y a la equidad en materia de salud, en particular en la protección de grupos vulnerables específicos como los niños y niñas, las mujeres embarazadas, además de la atención de urgencia para población migrante general. Sin embargo, el proceso de legislar es complejo, ya que implica considerar: el conjunto de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile en materia de derechos fundamentales; el reconocimiento de esta población como expuesta a situaciones de discriminación e inequidad en el acceso a servicios sociales; la legislación sanitaria (Constitución de 1980) del derecho a la salud y su provisión, que no contemplaba en su formulación inicial al migrante como un sujeto en su especificidad y diversidad; entre otros. Aunque la generación de estas iniciativas legislativas representa esfuerzos normativos importantes, su aplicación se torna crítica, tanto por la dimensión sanitaria en cuanto a acceso a servicios, como por su dimensión ética relativa a la equidad.

Marco internacional en materia de derechos a la salud y derechos de la infancia

En el marco internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) constituye un marco ético y valórico que unifica el criterio de no discriminación desde el cual se sitúan los Estados para garantizar derechos básicos a todos sus miembros, sin importar su origen o condición². Este documento sienta un precedente de carácter universal en los intentos de proporcionar derechos básicos a todas las personas, fundamental para resguardar su bienestar.

Particularmente, el derecho a la salud es entendido como uno de los derechos fundamentales (en interdependencia con otros) y es reconocido por documentos e instrumentos internacionales, también de carácter universal³. Este derecho supone la generación de condiciones que favorecen y mantienen la salud, incidiendo directamente en ella, como lo son la alimentación, la vivienda, la sanidad, las condiciones laborales adecuadas y el tener acceso a un ambiente sano. En el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se estipula el reconocimiento de los Estados Partes de “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, así como “las medidas (...) a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho” (Casas, L. *et al.*, 2009).

Específicamente en el tema de la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990 aborda la protección y derechos de esta población. En el artículo 24, la Convención especifica que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud...”, explicitando la preocupación de la comunidad internacional por la salud infantil. La consecuente ratificación de los acuerdos y tratados internacionales por parte de nuestro país visibiliza a

² Ésta señala en su art. 1 que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” y, en su art. 2, que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. En el art. 22 se explicita el derecho a la seguridad social: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC art. 12; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, CEDAW art. 12; Comité de Eliminación de Discriminación Racial, CERD art. 5; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, art. 25; Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 28; entre otros.

los NNA como un grupo en riesgo desde la perspectiva legal y social, sentando las bases para la sensibilización temática y el abordaje legislativo de esta población en el contexto nacional.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en su *Observación general N° 14*, manifiesta la necesidad de igualdad de acceso a una alimentación adecuada, entorno seguro y servicios de salud física y mental para niños y niñas, bajo el principio de no discriminación. En relación a la adolescencia, se enfatiza el compromiso de proporcionar un entorno seguro que permita a los y las adolescentes participar en las decisiones relativas a su salud, así como adquirir experiencia y tener acceso a información adecuada. Adicionalmente, se consideran aspectos de confidencialidad y necesidad de servicios adecuados en salud sexual y reproductiva para esta población en particular. La mención de necesidades especiales para niños y niñas por una parte, y adolescentes por otra, da cuenta de la especificidad en que se da el ejercicio del derecho y las implicancias en relación a diferentes grupos etarios.

La *Observación general N° 14* aborda además obligaciones legales determinadas, entre las que se destaca el respeto a la igualdad de acceso a la salud para todas las personas, incluyendo presos o detenidos, representantes de minorías, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales. Así también, la necesidad de protección de los “enfermos mentales” y el mejoramiento de la atención en salud mental en general. Se releva así, la necesidad de respetar el derecho a la salud y salud mental, haciendo referencia específica a grupos sociales que están más expuestos a situaciones de negligencia u olvido, siendo los migrantes y refugiados considerados dentro de estas minorías.

Ejes relevantes del sistema de salud general en Chile

Detenerse en aspectos del desarrollo progresivo del sistema de salud chileno, así como en ciertas características de su estructura y funcionamiento, es relevante, ya que nos entrega claves contextuales que nos ayudan a pensar el tema de la salud de los NNA migrantes y refugiados desde la dimensión legislativa y, más adelante, desde la psicosocial.

El sistema de salud en Chile está constituido por una estructura dinámica y compleja de entidades públicas y privadas, conformada por múltiples instituciones abocadas al abordaje de los objetivos de promoción, prevención⁴,

⁴ En términos generales, Chile es considerado un país de avanzada en la implementación de políticas sanitarias en comparación con otros países de la región, evidenciado a través del control y la vigilancia de enfermedades infecciosas. Otros indicadores relevantes son la baja tasa de mortalidad infantil (7,8 de 1.000 nacidos vivos, 0,78%), baja tasa de desnutrición (0,7%) y la tasa más baja de tuberculosis en Sudamérica (Vásquez-De Kartzow, R., 2010).

cuidado y recuperación de la salud, tanto a nivel individual como colectivo (OPS/OMS, 2011).

En el año 1979 se lleva a cabo una importante reforma a raíz de la cual se crea el Sistema Nacional de Sistemas de Salud (SNSS), desde donde emergen los Servicios de Salud, delegando la responsabilidad de la atención primaria a la administración municipal. En relación a la previsión y al aseguramiento, se establece el Fondo Nacional de Salud (FONASA) como seguro público y el mercado de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), para el ámbito privado (*ibid.*).

Respecto a la legislación sanitaria del derecho a la salud y su provisión, la Constitución Política del Estado del año 1980, en su artículo 19, reconoce y protege, entre otros derechos y sin distinción alguna, el acceso igualitario a la protección de la salud y a acciones de promoción, protección y recuperación de la salud (Constitución de 1980, artículo 19.9)⁵. La salud es así reconocida como derecho universal. La legislación vigente en cuanto a disposiciones específicas regula el ejercicio del derecho constitucional antes mencionado, normando las prestaciones de salud en niveles de atención y modalidades público y privado. Los habitantes del territorio nacional tienen la libertad de acogerse tanto al sistema de salud estatal como al privado según su voluntad, describiéndose los afiliados y beneficiarios del Régimen de Prestaciones de Salud como: trabajadores dependientes del sector público o privado, trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión, imponentes voluntarios, y pensionados por incapacidad laboral o por cesantía (Ley N° 18.469, 1985, artículos 1 y 5)⁶.

A partir del año 1990 se han realizado una serie de reformas específicas en el sistema de salud, sin embargo, su estructura fundamental se ha mantenido (OPS/OMS, 2011). Se destacan esfuerzos importantes en la última década orientados al “fortalecimiento y la extensión del sistema de protección social en salud (...) para el adecuado aseguramiento y provisión de servicios, hacia una mayor participación, solidaridad y equidad” (*ibid.*, p. 49), por ejemplo, mejoras en la atención, la gestión y garantías en la cobertura de patologías prioritarias. De esta manera, el desarrollo continuo del sistema de salud en Chile sienta un precedente relativo a su capacidad

⁵ “El derecho a la protección de la Salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (Constitución Política de la República de Chile, 1980, art. 19.9).

⁶ Aun cuando la ley explicita la opción de atención privada en salud, esta no se ajusta a la realidad de las personas migrantes irregulares, con contrato informal y sueldos precarios, cual es el escenario de muchos extranjeros que llegan a nuestro país por diversas razones. De más está decir que cuando existen condiciones laborales favorables en términos de contrato, estabilidad y remuneración, disminuyen los obstáculos de acceso y cobertura en salud para los inmigrantes.

para abordar escenarios sociales emergentes, como lo es el nuevo escenario migratorio y su impacto en salud.

Revisión del proceso y de las iniciativas para normar y asegurar la incorporación de los NNA migrantes y refugiados al sistema de salud pública

A partir de la adherencia a lineamientos internacionales, el Estado de Chile ha adoptado iniciativas por legislar y, de este modo, asegurar el derecho de los niños a la salud en el contexto del sistema nacional de salud previamente descrito. Dentro de las acciones concretas que se han tomado, en el año 2000 se elaboró la Política Nacional a favor de la Infancia y Adolescencia y un plan de acción para el período 2001-2010, que reconoce el marco de Convención sobre los Derechos del Niño. Como un gesto decisivo hacia la no discriminación a residentes extranjeros en el país, en 2003 se emitió el Oficio Circular N° 6232⁷, que tiene como objetivo favorecer la inscripción a consultorios para las mujeres extranjeras embarazadas que estén en situación irregular, protegiendo a los niños desde su período de gestación.

En relación al derecho a la salud de las personas migrantes y refugiadas, en el año 2007, la Subsecretaría de Redes Asistenciales (adhiriendo a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ratificada por Chile en el 2005), elaboró el Ordinario N° 2284⁸, que expresa el derecho a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales para extranjeros y refugiados con situación regularizada. Enuncia además, el derecho a inscripción en FONASA para aquellos con permiso de residencia en el país, el derecho de los extranjeros irregulares a atención en servicios de urgencia en los establecimientos de la red asistencial de los Servicios de Salud, o bien a atenderse de forma privada. Adicionalmente, se explicita que los refugiados y solicitantes de refugio tienen acceso a la salud en igualdad de condiciones que los chilenos, aun cuando no se describe de qué manera se da el acceso, si de manera privada y/o por medio de la inserción a la red de salud pública.

⁷ Oficio dirigido al Intendente de la Región Metropolitana y a los Gobernadores Provinciales, especificando el derecho de acceso a la red de atención primaria, “a aquellas extranjeras que se encuentran en situación de irregularidad, y que se encuentran en estado de gravidez, con el objeto que puedan inscribirse en los consultorios correspondientes a su domicilio, facilitando así el control y seguimiento de sus embarazos”.

⁸ Ordinario dirigido a los Directores de Servicios de Salud, en el que estipula que la iniciativa se gestó en función de un terremoto ocurrido en Perú para la atención a ciudadanos peruanos residentes en Chile y posibles indocumentados.

Posteriormente, en el mismo año se realizó el Convenio de Colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud⁹. Este convenio marca un hito, ya que traduce una intención clara que apunta a la aplicación del derecho de acceso a servicios sociales. En relación a la temática de infancia y protección de NNA migrantes y refugiados, este documento especifica que “...el Gobierno de Chile ha adoptado la decisión de otorgar atención de salud –en los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud– a los niños, niñas y adolescentes extranjeros, menores de 18 años, cualquiera sea su situación migratoria de permanencia en Chile, la de sus padres, tutores o representantes legales. El incremento de población inscrita que resulte de la aplicación de esta medida será considerado en la corrección periódica de la asignación per cápita comunal correspondiente”.

Elaborada esta disposición, quedan sujetos al derecho de acceso todos los NNA migrantes y refugiados en su condición de extranjeros, aun cuando no se alude directamente al caso de refugio. Más aún, el convenio hace referencia a la asignación de recursos que implica la medida, al menos de los Servicios de Salud pertenecientes al Ministerio de Salud. Además, se asegura la atención en salud “en igualdad de condiciones de sus pares chilenos” y que la inscripción de los NNA extranjeros a los establecimientos de atención primaria correspondientes a su domicilio permita solicitar un permiso de residencia temporaria (en el caso de no estar matriculado en un establecimiento educacional reconocido por el Estado). Todas estas medidas intentan subsanar situaciones en las que los NNA puedan quedar desprotegidos, asegurando que tanto el derecho a la educación como a la salud se hagan efectivos. La aplicación de la ley y sus disposiciones debiera realizarse en articulación con el sistema de salud pública y sus requerimientos específicos, siendo en esta coyuntura donde comienzan a emerger dificultades y obstáculos, los que serán analizados en detalle más adelante.

Otra iniciativa importante es la Resolución Exenta de septiembre de 2008, que estipula la constitución del grupo de trabajo en Salud de Inmigrantes y Refugiados del Ministerio de Salud, SIR-MINSAL cuyo objetivo es asesorar técnicamente las decisiones del Ministerio de Salud en materia de salud de inmigrantes y refugiados, incluida la población infantil. La formalización de este grupo de trabajo es importante, porque visibiliza la necesidad de abordar a la población migrante y refugiada desde su especificidad en temas de salud.

Paralelamente, el mismo año en septiembre, se emite el Instructivo Presidencial sobre Política Migratoria con el objetivo de instruir a los

⁹ <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/71821af88f8dfda7e04001011f0164f3.pdf> (Consultado en octubre de 2011)

distintos órganos de administración del Estado en materia de política migratoria y su incorporación en programas actuales y por desarrollar. Lo que logra este instructivo es informar acerca de la realidad migratoria del país, la definición del mismo como país receptor, el debate internacional respecto del reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes, la relación entre migración y desarrollo, el rol activo a tomar por el Estado frente al fenómeno migratorio, estipulando ejes de acción gubernamental en torno a la integración y la no discriminación¹⁰. Adicionalmente en el ámbito de la salud, en junio de 2009 se publica el Ordinario N° 2.551, en el que se estipula que los inmigrantes con credencial FONASA y permiso de residencia en trámite mantienen los beneficios en salud aun con la cédula de identidad caducada. Esto asegura cobertura en salud a personas que antes quedaban desprotegidas, considerando la situación a la cual quedaban expuestos muchos migrantes en proceso de regularización migratoria.

Como otro antecedente relevante, cabe destacar que en abril de 2010 se aprobó la nueva Ley de Refugio N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. En los artículos dispuestos por la ley, se alude a los niños y niñas refugiados como extensión de la familia y existe un capítulo referente al procedimiento especial en la solicitud de refugio interpuesta por menores no acompañados o separados de sus familias¹¹. Además, en su artículo 13 menciona, entre otros, el derecho de acceso a la salud y en su artículo 32, aspectos operativos de su aplicación. La ley recién descrita constituye un avance en la definición de procedimientos y normativas específicas a la situación de refugio y su proceso de solicitud, lo que aclara el panorama para las personas, adultos y niños, que llegan al país pidiendo asilo.

La dimensión legislativa incide directamente en el acceso y equidad en el derecho a la salud y, en este sentido, las iniciativas recién mencionadas constituyen un avance fundamental desde la perspectiva de derechos. Sin

¹⁰ La Política Nacional Migratoria posee principios orientadores inspirados en la Declaración de los Derechos Humanos, en los que se incluye un acápite referente a la salud. “2) la salud, donde no se podrá en ningún caso denegar prestaciones de salud a los extranjeros que lo requieran, de acuerdo con su situación previsual” (Instructivo Presidencial 02 de septiembre de 2008, p. 4). Asimismo, se explicita la promoción de acciones para evitar y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. Si bien no están explicitados tanto el tráfico ilícito como la trata de niños y niñas, este apartado los incluye en tanto son personas migrantes. En referencia a la situación de personas refugiadas, se expresa la necesidad de proponer una nueva Ley de Refugio, lo que resulta crítico para el abordaje en salud de los NNA refugiados.

¹¹ En el apartado art. 38 de la ley, se explicita el derecho de todo menor de edad de solicitar refugio con independencia de las personas que ejerzan su representación legal. El art. 39 se refiere a que en el caso de que la solicitud fuese presentada por un menor de edad no acompañado o separado de su familia, la Secretaría Técnica tiene el deber de informar a las autoridades encargadas de la protección, cuidado y asistencia de menores.

embargo, esta es sólo una de las dimensiones que entran en juego en el problema que enfrentan los NNA migrantes y refugiados al aproximarse al sistema de salud. Si bien formalmente la ley es clara respecto al rol del Estado, es en la institucionalidad en la que se ponen –o no– en práctica estas normativas, pues es el lugar de encuentro entre la población migrante y refugiada infantil y los agentes que proveen de atención en salud. Este encuentro se complejiza cuando se superponen otras dimensiones como la psicológica, la social, la cultural, en las que aparecen las particularidades de dicha población.

La dimensión psicosocial, la cual se desarrolla a continuación, es quizás la que presenta mayores desafíos en la aplicación del derecho a la salud, pues es la que incorpora elementos de especificidad en NNA migrantes y refugiados que en ocasiones son difíciles de asir. Se agregan además elementos contextuales, que son variables, y que hablan de la particularidad de cada NNA migrante y refugiado, de su origen, de su recorrido, de su historia, de su familia y de su cultura.

DIMENSIÓN PSICOSOCIAL, ÁMBITOS DE SALUD Y SALUD MENTAL DE NNA MIGRANTES Y REFUGIADOS

La Organización Mundial de la Salud, en su *Informe sobre la salud en el mundo*, advierte entre otros que la salud mental es fundamental para el bienestar general de las personas, las familias, las sociedades y las comunidades, y posee la misma importancia que la salud física. Además, explicita la interrelación entre la salud física y mental, en tanto la salud mental está influida por un conjunto de factores biológicos, psicológicos y sociales (OMS, 2001).

En relación al concepto de salud mental, la OMS plantea pertinentemente las dificultades para llegar a una definición exhaustiva desde una perspectiva transcultural. De esta manera, se releva la dimensión cultural del concepto, lo que se ve reflejado en la diversidad de definiciones. Complementariamente, “se admite (...) que el concepto de salud mental es más amplio que la ausencia de trastornos mentales” (*ibid.*, p. 5). En un intento por asirla, la OMS destaca que la salud mental “(...) abarca, entre otros aspectos, el bienestar subjetivo, la percepción de la propia eficacia, la autonomía, la competencia, la dependencia intergeneracional y la autorrealización de las capacidades intelectuales y emocionales” (*ibid.*).

Antes de desarrollar el tema de la salud mental, es importante mencionar que afortunadamente no todos los NNA de la población de migrantes y refugiados presentan problemas que requieran tratamiento, ya que muchas de las dificultades son resueltas al interior de las familias o de la escuela, a partir de recursos propios y posibilidades.

Perspectiva de la revisión de estudios diagnósticos nacionales y publicaciones

Niñez y migración

Respecto a las personas migrantes, estudios evidencian una adecuada salud física a su llegada al país de acogida. Sin embargo, si entran en juego variables socioeconómicas y estructurales que puedan empobrecer la situación de vida y producir un deterioro de las condiciones de salud, disminuye el bienestar psicosocial del que gozaban en su país de origen (Vásquez-De Kartzow, R., 2010; Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile, 2008; Demoscópica, 2009).

Referente a la salud mental de esta población, un estudio nacional aborda aspectos generales tanto de la población adulta como infantil, mayoritariamente de origen peruano, desde una perspectiva de vulnerabilidad y de factores de riesgo asociados a la migración. En relación a la población infantil y adolescente, esta vulnerabilidad implicaría posibilidades de desarrollo de patología psiquiátrica¹², sin encontrarse diferencias significativas entre manifestaciones de adolescentes y niños. Respecto a patologías específicas, se discrimina la presencia de trastornos del ánimo y de ansiedad, lo que coincide con evidencia de investigaciones internacionales en el área de salud mental (Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile, 2008).

Tomando perspectiva de los resultados, el argumento central del estudio que asocia migración con factores de riesgo en salud mental y posibilidad de desarrollo de patología psiquiátrica se relativiza, al considerar que numerosos aspectos contextuales de vulnerabilidad social no están necesariamente presentes en toda migración. Esta afirmación es corroborada por los resultados, al enunciar que "... cabe destacar que no hubo relación estadísticamente significativa entre la presencia de trastorno mental y variables importantes asociadas al proceso migratorio..." (*ibid.*, 2008, p. 33).

Este estudio constituye una primera iniciativa en el ámbito de la salud mental, mas como lo plantean sus propios autores, posee limitaciones en relación al tamaño de la muestra, la aplicación de los instrumentos y falta de un grupo de control compuesto por población nacional. Por estos motivos los resultados no alcanzan a ser representativos de la salud mental

¹² En el caso de escolares y adolescentes, la migración implicaría "La interrupción de su proyecto vital en su país de origen, la ausencia de proyecto migratorio propio, al mismo tiempo que las posibles actitudes negativas de la sociedad de acogida y las dificultades de promoción cultural, educativa, social y laboral, son factores que podrían entorpecer su proceso de adaptación haciéndolos más vulnerables () para manifestar trastornos psiquiátricos" (Clínica Psiquiátrica Universidad de Chile, 2008, pp. 3-4).

de inmigrantes a nivel nacional y no son comparables con población nacional. La contribución que representa la información contenida en el diagnóstico es de utilidad en cuanto a la adecuación de políticas públicas en esta materia (Rojas, G.; Castro, A. y Fritsch, R., 2010), sin embargo, debiera ser complementada y profundizada con estudios aplicados al contexto nacional y regional con población latinoamericana.

Revisando publicaciones nacionales, son frecuentes las asociaciones entre población migrante infantil y problemas en salud mental, como desintegración familiar, pérdida de referentes, anomia, imagen devaluada de sí mismos, mayor nivel de agresión o depresión, así como dificultades emocionales y problemas conductuales (Agar, L., 2007; Demoscópica, 2009; Neumann, E., 2004). Sin embargo, no hay consenso en estudios que puedan asegurar que existe una correlación directa entre la migración y variables en salud mental, ya sea porque los hallazgos son contradictorios entre sí o bien insuficientes (Pérez, A.; Paiewonsky, D. y García, M., 2008). El diseño metodológico de los estudios es de diversa índole, los tipos de muestreo son variables, los instrumentos utilizados no están necesariamente adaptados y estandarizados a poblaciones específicas (por ejemplo, la dimensión cultural), lo que arroja resultados heterogéneos, que aportan información, pero no son comparables ni equiparables entre sí. Al respecto, podemos afirmar que el efecto que tiene la migración en la salud mental de niños, niñas y adolescentes puede ser muy diverso y aún está en proceso de análisis, tanto a nivel nacional como regional.

Donde hay acuerdo es que la migración, al menos, implica una reorganización a nivel familiar, ya sea porque los hijos son separados de sus madres y padres por tiempos prolongados, o porque la familia ha migrado a un nuevo lugar y surge la necesidad de adaptarse al cambio. En el caso de los niños que llegan a nuestro país, ya sea junto a sus padres o luego de un tiempo de separación, hay un período de ajuste de las familias. Es el proceso de reconocimiento, aceptación y aprendizaje de nuevos roles parentales y de la fratria, que se despliegan en el nuevo contexto del país de acogida. La trama se hace más compleja cuando, en esta nueva realidad, los padres deben salir a trabajar, dejando a sus hijos al cuidado de terceros, o bien solos en algunas ocasiones.

La emergencia de estos nuevos escenarios familiares producto de las migraciones nos invita a interrogar las nociones teóricas y conceptuales a la base de la mirada tradicional en salud mental, entre ellas las definiciones de salud, de enfermedad, de cura, de lo normal... que impactan la construcción de marcos y encuadres, tanto de investigación como de intervención clínica y psicosocial.

Migración, cadenas globales de cuidado, perspectiva regional

La noción de cadenas globales de cuidado ofrece una visión complementaria desde la perspectiva de género, para la comprensión del fenómeno de la migración regional, de la emergencia de nuevas configuraciones familiares, del cuidado de los hijos a la distancia y su impacto en la salud mental. Se entiende por cuidados “(...) la gestión y mantenimiento cotidiano de la vida y la salud (...) en su mayor parte es en los hogares, a través del trabajo no remunerado de las mujeres donde esto se garantiza diariamente, mediante el desarrollo de actividades de atención directa a las personas en situación de dependencia (...)” (Pérez, A., 2010, p. 2). Las cadenas globales de cuidado se piensan en contextos amplios de espacios transnacionales de cuidados, en los que los vínculos afectivos a distancia requieren de nuevas formas de gestionar el hogar y atender a las necesidades de personas dependientes sin un contacto físico. Los cuidados se dan traspasando las fronteras y el rol materno/paterno se constituye en transnacional.

Esta perspectiva muestra cómo la forma que adopta el cuidado materno debe cambiar en función del proyecto migratorio, es así como los cuidados se centran en mejorar las condiciones materiales de vida de sus hijos y ocuparse de su crianza por medio de cuidadores sustitutos (llamadas telefónicas periódicas, viajes de visita, envío de remesas y regalos). Si bien se reconoce el sufrimiento que implica la separación, ésta no es definida como traumática o problemática necesariamente, puesto que las redes familiares globales constituyen una extensión de la familia y porque los esfuerzos de las madres por contribuir, proveer y proporcionar atención por medio de cuidadores son un elemento protector positivo cuando son valorados contextualmente.

Se releva, además, que las diferencias en los hallazgos y en los conceptos para el abordaje de la separación familiar pueden responder a diferentes construcciones sociales acerca de la infancia y la naturaleza y los roles de la familia. En este sentido, la mirada de las cadenas globales de cuidados pone énfasis en los posibles sesgos de observar los modos de cuidado que adoptan personas de las localidades del Sur (comunitarias), bajo el lente de los marcos conceptuales tradicionales en salud mental que provienen más bien de las sociedades del Norte (Pérez, A., Paiewonsky, D. y García, M., 2008; Pérez, A., 2010), interrogación que coincide con las preguntas que emergen naturalmente, tanto en el análisis de estudios nacionales como en el abordaje clínico en salud mental con familias migrantes en nuestro país.

Niñez y refugio

En relación a NNA solicitantes de refugio y refugiados hay poca información, puesto que esta población no está contemplada en los estudios diagnósticos mencionados anteriormente. Sin embargo, existe referencia acerca de la experiencia de aproximación al sistema de salud pública de refugiados palestinos dentro de los ámbitos analizados en el Informe de evaluación de la primera etapa del Programa de Reasentamiento a Refugiados Palestinos en Chile (Stefoni, C., Becerra, M. Gaymer, M., 2008). Esta información es específica al caso de refugiados palestinos, no obstante, permite un acercamiento a una temática de la que no hay mucha evidencia, cual es la situación en salud de población refugiada en el contexto nacional. El análisis del caso de los refugiados palestinos se torna relevante, ya que hace figura las barreras idiomáticas y culturales evidentes entre estas familias y nuestro sistema de salud. Aunque en la actualidad la mayor parte de los refugiados son de origen regional, por lo que estas barreras son menos visibles, los contextos de globalización de migración forzada son impredecibles y Chile podría ser país de acogida para personas provenientes de multiplicidad de horizontes culturales.

De la información contenida en ese informe, los temas en salud que surgen son diversos: la percepción de las familias con niños pequeños hacia el sistema de salud, la vivencia subjetiva de encuentros y desencuentros con profesionales de la salud, barreras idiomáticas y culturales, y evaluación de salud mental.

Específicamente en el ámbito de la salud mental de las familias con niños pequeños, se identificaron importantes tensiones que agravaban el malestar propio de la situación de refugio, entre las cuales destacaron la carga doméstica, la insuficiencia de recursos y dificultades en la integración. Además de lo anterior, “la ruptura de lazos con la familia de origen, la disgregación familiar, el sentimiento y/o la certeza de que hay seres queridos en riesgo vital (*en país de origen*)” (*ibíd.*). Otra particularidad registrada en adultos del caso palestino, es la diversa sintomatología de orden depresivo y ansioso, como la dificultad para disfrutar la vida, desgano, insomnio y alteraciones del sueño, desvitalización, irritabilidad, fluctuación en el peso, entre otros. Asimismo, se describen signos de alteraciones de la memoria y concentración, retraimiento social, sensación de amenaza y sentimientos de culpa, todos ellos propios del Síndrome de Stress Post Traumático, descrito en DSM-IV TR¹³. A partir de la presencia de indicadores diagnósticos de sufrimiento psíquico en adultos, se puede inferir su

¹³ Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (American Psychiatric Association).

presencia en NNA, y la consecuente repercusión en el funcionamiento y dinámicas a nivel familiar.

Percepción de los profesionales e intervinientes en torno a las temáticas frecuentes en salud mental en estos niños

La percepción de los profesionales e intervinientes en torno a las temáticas frecuentes en salud mental infantil de migrantes y refugiados se da inexorablemente en el encuentro entre ambos. Este encuentro se produce cuando se hace necesaria la intervención y es, a partir de la misma, que emergen impresiones clínicas y profesionales que nos entregan muchísima información¹⁴. El profundizar en su contenido es clave y viene a complementar la perspectiva de los estudios diagnósticos antes mencionados¹⁵.

Noción de salud mental

Desde el trabajo clínico con personas migrantes y refugiadas, se observa que la noción de “salud mental” no es necesariamente reconocida y no tiene una representación precisa para estas personas, resultando esta noción difusa, en ocasiones confusa. Esto se observa en particular si provienen de ambientes rurales o con escasa educación formal. En este contexto, un primer acercamiento al sugerir una atención o una derivación a especialista en el área puede ser rápidamente rechazado con un “yo no estoy loco” o un “nosotros no necesitamos esto”. Lo anterior logra ser comprendido tanto desde la falta de familiaridad con temas de salud mental –como la entendemos–, como acerca de la labor que realizan los profesionales que trabajan en el área: psicólogos, psiquiatras y psicoterapeutas en general. En infancia esto tiene repercusiones importantes, ya que los padres no necesariamente llevan a los NNA a consultar al especialista cuando aparece el malestar.

Expresión de malestar y sintomatología

La expresión de malestar en niños y niñas requiere de atención especial por parte de los profesionales de salud mental, en tanto adquiere características particulares que la diferencian de los adultos: dificultad para

¹⁴ Las opiniones profesionales fueron recogidas de entrevistas con actores clave, tanto en el ámbito de la salud mental como en el de la intervención psicosocial, tanto desde la institucionalidad en salud como desde la sociedad civil.

¹⁵ Las experiencias y observaciones recogidas desde el quehacer clínico y psicosocial con niños y adultos realizados en el marco de atención del Programa PRISMA, están siendo sistematizadas en la investigación en curso “Análisis de las características específicas clínicas y psicosociales de la población migrante usuaria del Programa de Salud Mental para Migrantes y Refugiados PRISMA, y su percepción en relación a la atención que reciben” (Fondos concursables, mayo 2011 - abril 2012).

verbalizar (desde su desarrollo evolutivo), lógica más metafórica y, particularmente, manifestación somática. El lenguaje del niño es más bien analógico, cuando hay presencia de malestar se despliega generalmente a nivel conductual y se muestra tanto en los ámbitos familiar, escolar, como en la inserción a la comunidad.

La sintomatología infantil puede presentarse a través de problemas conductuales en el colegio (agresividad, retraimiento social, hiperactividad, déficit atencional, bajo rendimiento, matonaje), o bien de manifestación somática (enuresis, gastritis, jaquecas recurrentes, dolores corporales). En la adolescencia comienzan a ser más frecuentes trastornos alimentarios (obesidad, bulimia y anorexia), depresión, trastornos angustiosos, autoagresiones (cortes en los brazos o intentos de suicidio), consumo de sustancias, vandalismo y conductas antisociales. Todas estas manifestaciones de malestar son propias de la infancia y la adolescencia, independientemente de la situación migratoria.

Cuando se presentan a nivel familiar, las problemáticas en las que se ven envueltos los NNA adquieren un carácter relacional. Pueden estar involucrados dos o más miembros de la familia y, habitualmente, son los niños los que por medio de sintomatología múltiple expresan sufrimiento que puede ser común a varios miembros. Muchas veces se relacionan con temas que no han podido ser elaborados en la familia, dificultades de adaptación, duelos y pérdidas, secretos, abandono, entre otros, que pueden verse exacerbados por la temática migratoria.

Violencia como contexto

Para abordar las problemáticas de la infancia y la adolescencia de migrantes y refugiados, es importante ampliar la mirada de manera comprensiva. La entramada situación de precariedad genera contextos que exponen a las familias a diversas formas de abuso y de violencia, implícita y explícita. La discriminación y la dificultad en el acceso a servicios pueden ser vivenciadas como experiencias extremadamente violentas. Así bien, los abusos por parte de terceros, el cobro de arriendos exagerados, la explotación laboral, las condiciones de hacinamiento, entre otros.

En el caso específico de la violencia intrafamiliar la situación es compleja, puesto que son las personas que protegen y cuidan las que infligen actos violentos, la mayoría de las veces contra la mujer o los niños. En muchas ocasiones, la violencia intrafamiliar comienza con el aislamiento de la mujer, pero también de los hijos. En el caso de estos últimos, el aislamiento es aún más grave, puesto que los niños y niñas no han desarrollado las

herramientas para poder pedir ayuda fuera de su núcleo familiar. Esto los hace particularmente vulnerables.

Con la migración se acentúa la situación de aislamiento, en cuanto hay desconocimiento de las instituciones a las cuales recurrir, falta de redes familiares y de soportes comunitarios. La situación empeora cuando hay barreras idiomáticas. El nivel de soledad es tan grande y los estresores relacionados con la supervivencia son tantos, que el riesgo de violencia aumenta considerablemente, en especial de violencia física. No es el hecho de ser migrante lo que aumenta la posibilidad de vivir situaciones de violencia, sino las condiciones de vulnerabilidad y la desprotección general de las personas.

El sentido del proyecto migratorio

En el caso de niños y niñas migrantes, un tema particularmente importante es el sentido del proyecto migratorio. Si el proyecto migratorio ha sido presentado por los padres a los niños y niñas con una narrativa clara, con la posibilidad de discusión y de elaboración a nivel familiar, el hacer sentido de la experiencia se hace posible. En ese hacer sentido, los niños y sus familias construyen identidad. Inversamente, los niños más vulnerables son aquellos que no entienden o no conocen la historia del proyecto migratorio de los padres, donde irrumpe la falta de sentido que se traduce en sufrimiento psíquico y expresión de malestar. Acorde a investigaciones, la incorporación de los niños en la elaboración del proyecto migratorio es fundamental, "(...) cuando las personas adultas facilitan un proceso participativo para tomar la decisión respecto a la migración adulta, las niñas y los niños se sienten más responsables y también protagonistas de ese plan que finalmente transformará sus vidas (...) las relaciones participativas del ejercicio del poder al interior de las familias fortalece los vínculos filiales que se ven afectados ineludiblemente durante el proceso migratorio" (Pavez, I., 2011, pp. 369-70). Una vez en el país receptor, los NNA pueden desarrollar distintos intereses y formas de adaptación a su entorno, que pueden ser parte de su proyecto migratorio propio y no necesariamente el de sus padres.

Otro aspecto relacionado con la discusión recién planteada e importante de considerar en el abordaje con familias migrantes económicas, es la comprensión de que la condición de migrante transnacional constituye un referente importante para la persona, que configura su mundo subjetivo e influye directamente en la expresión de su salud mental (Núñez, L., 2010). Así, el migrante transnacional vive en dos mundos, vinculado tanto en país de origen como en país de destino, emocional y económicamente, en mayor o menor grado. Numerosos niños migrantes manifiestan con naturalidad la condición transnacional, algunos desde la integración y otros desde la ambivalencia afectiva.

La falta de sentido

En el caso de niños refugiados no hay un proyecto migratorio por la condición misma del refugio. La protección de la vida es el motivo principal para dejar el país de origen, sin embargo, los NNA no necesariamente conocen los motivos reales de sus padres para tomar esa decisión. La migración forzada tiene la característica de ser brusca y repentina, cuando hay una amenaza que se torna insoportable o crítica. Esto hace que ni los adultos, ni mucho menos los niños y niñas, tengan la oportunidad de elaborar esta experiencia, por lo que se convierte en sí misma una experiencia extrema.

En este contexto, se torna particularmente relevante el tema de la violencia, que ya ha sido abordado. Para comprender estas manifestaciones más complejas, se hace necesario incorporar a la reflexión el contexto del refugio, que da profundidad a la mera clasificación diagnóstica. Las familias refugiadas han estado expuestas a altos niveles de violencia en país de origen. Entonces, la violencia va impregnando a padres, hijos y a las relaciones que establecen entre ellos y con los otros. Es así como la guerra, la persecución política, la desconfianza, el miedo, la inseguridad, van dejando huellas profundas, cuyas secuelas pueden expresarse en nuestro país, aun cuando la persona se encuentre ya en relativa seguridad.

Por ejemplo, en padres refugiados que han temido por la integridad de sus hijos en país de origen pueden observarse conductas de extrema preocupación y cuidado, que en ocasiones toman formas paradójicas que aparecen violentas al observador. En el ámbito clínico, se escucha el relato de padres que dejan a sus hijos “encerrados con llave en la casa para que nadie les haga daño”, o que en la situación de riesgo o mal comportamiento de uno de sus hijos puede amenazarlo diciendo “cuidado, ¡te vas a matar!”. Afirmaciones anteriores pueden ser chocantes para el que escucha desde un oído desprevenido, sin embargo, en la contextualización de esta afirmación desde la vivencia subjetiva de este padre o madre, efectivamente el riesgo vital para sus hijos está cerca, la familia ha hecho la experiencia de ello; la manera de proteger a los niños, aunque aparezca brutal, ya ha sido efectiva.

En niños, la preocupación y la derivación a atención de especialista en salud mental proviene, cuando ocurre, de colegios o de programas de acompañamiento a refugiados, los que muestran gran interés y preocupación. El relato inquieto de los profesores refiere la observación que algunos niños refugiados solucionan los problemas “a golpes” en circunstancias de conflicto. Además, llama la atención que muchos de estos niños no recurren necesariamente a figuras de autoridad para la resolución de los mismos. Podemos comprender lo anterior desde experiencias particulares en país

de origen, en que los niños han observado que se abordan los conflictos a través de la fuerza (violencia, armas, golpes, tortura). La situación se hace más compleja cuando, agregadas a estas dificultades, están la incomprensión del idioma, diferencias religiosas o de costumbres, que pueden convertir al niño en objeto de burlas o marginación.

Parte importante del trabajo terapéutico con estas familias, además de la elaboración de las experiencias dolorosas y traumáticas en país de origen, es la integración a contextos nuevos “de seguridad” en el país de acogida. Frecuentemente, son los niños los primeros en interrogar prácticas familiares anteriores en este nuevo contexto, aportando con sus propias experiencias de integración a la dinámica familiar y de cuidados. En el ámbito clínico, esta interrogación se produce en los niños a través del síntoma, que moviliza tanto a padres como profesores e intervinientes visibilizando el problema, motivando la consulta a un especialista.

Reunificación familiar

Una temática muy frecuente, tanto en personas migrantes como en refugiadas, es la reunificación familiar. En este proceso, si bien se observan elementos comunes en las migraciones económica y forzada, se pueden realizar distinciones.

En el caso de la migración económica, los motivos para migrar pueden ser diversos y, habitualmente, relacionados con mejoras en la calidad de vida, asociadas a oportunidades laborales de un miembro adulto de la familia. Mejorar la calidad de vida implica muchas veces traer al país a otros miembros de la familia, para así reanudar el proyecto conjunto de vida familiar, interrumpido por la migración. Sin embargo, la reunificación familiar significa costos económicos que demandan de una estabilización económica previa, que en ocasiones requiere años. Esto genera en las familias una sensación de incertidumbre respecto al futuro y a cómo se podrán cumplir las expectativas que originaron la migración. Desde el ámbito clínico se observa que muchos procesos de reunificación familiar ocurren después de un período, a modo de “oleadas”, en la que los miembros de la familia y de la fratría van arribando al país de manera consecutiva. El reencuentro progresivo de la familia conlleva la necesidad de una adecuación gradual de los roles de cada uno, por ejemplo los de cuidado y crianza, lo que expone a las familias a cambios en su organización cuando un nuevo miembro de la familia arriba. Es importante mencionar que la migración de carácter regional permite a los padres que han migrado la posibilidad de regresar al país de origen periódicamente, si las condiciones económicas lo permiten, postergando u ofreciendo alternativas al proyecto de reunificación familiar en país de destino.

En el caso de la migración forzada se puede producir el desplazamiento de la familia en su totalidad, lo que implica desafíos de adaptación a una nueva realidad para todo el núcleo familiar. Pero también puede ocurrir que un miembro de la familia, habitualmente alguno de los padres, deba partir del país sin posibilidad de retorno, generando un quiebre abrupto y doloroso con su familia. En el caso del refugio, en muchas ocasiones la reunificación familiar es solicitada por motivos de seguridad y preservación de la integridad de las personas que quedan en país de origen. Para los NNA que han estado separados de sus padres durante un largo período de tiempo, al cuidado de terceros (abuelos o familiares cercanos), el proceso de reunificación no está exento de dificultades. Al llegar a nuestro país se enfrentan a desafíos múltiples, entre los cuales están la integración en sus familias, en la escuela y en la comunidad.

Alcances a partir de las perspectivas revisadas

A partir de las diversas temáticas abordadas con anterioridad, queda en evidencia que los enfoques tradicionales en salud mental, su categorización y las concepciones tradicionales de los procesos psicológicos, habitualmente no se ajustan a las necesidades específicas de esta población. Si bien resultan útiles como marcos comprensivos, poseen limitaciones en la práctica, dada la particularidad con que se despliega el sufrimiento psíquico y el malestar, en el escenario de nuestra realidad migratoria, tanto nacional como regional.

Los profesionales en salud mental infantil se enfrentan permanentemente al desafío de comprender el malestar psicológico, relacional y su expresión. Los enfoques tradicionales de tratamiento en ocasiones resultan insuficientes al enfrentarse con estos síntomas y surge el cuestionamiento acerca de qué es lo problemático y cómo abordarlo. En la intervención y el tratamiento con población infantil no es ninguna novedad buscar enfoques que abarquen más aspectos que sólo los biológicos o somáticos y se intente dar una explicación que permita entender por qué persiste el síntoma y cómo incluir elementos del contexto para abordarlo. Desde esta mirada, los niños y niñas migrantes y refugiados no son una excepción y tienen particularidades propias a su origen, a su cultura, a su historia familiar, a su recorrido migratorio y a su inserción en nuestro país. Al hacer este ejercicio contextual, podemos permitirnos interrogar perspectivas que asocian de manera lineal la experiencia misma de la migración con la noción de vulnerabilidad. La condición de migrante o refugiado no implica una vulnerabilidad en sí (la vulnerabilidad económica aparece como un factor más influyente en el malestar de los niños y niñas, que la experiencia migratoria aislada). En otras palabras, hay niños migrantes

que no están en condiciones de vulnerabilidad económica y pueden presentar problemas en salud mental. Así bien, lo hay que se encuentran en contextos de vulnerabilidad y no presentan problemas en salud mental. Específicamente en el caso de refugio, la población infantil ha tenido experiencias de persecución y amenaza que en muchas ocasiones son más dañinas que la sola experiencia de la migración forzada.

La migración, entonces, no constituye un problema en sí mismo, sino que pueden ser la sumatoria de vulnerabilidades económicas y sociales asociadas a las condiciones en las cuales migrantes se insertan en nuestro país. La imposición de categorías diagnósticas avasalladoras desde la realidad subjetiva del profesional interviniente empobrece el acercamiento, las posibilidades de diagnóstico pertinente y posterior tratamiento. Nuestro desafío como profesionales de la salud mental es ser capaces de escuchar la expresión del malestar del niño y niña migrante, con la apertura que implica su relación con escenarios múltiples y complejos, así lograr acceder a los significantes propios del niño en sus contextos.

AVANCES Y DESAFÍOS PENDIENTES EN SALUD DE NNA MIGRANTES Y REFUGIADOS

Impacto de los marcos normativos en la generación de contextos de integración al sistema de salud pública en Chile

El proceso de legislar es fundamental para generar contextos de integración que consideren los principios de no discriminación y protección de los NNA migrantes y refugiados en materia de salud y salud mental. En concreto, resulta particularmente neurálgico el mensaje manifestado en la ley en lo referente al trato igualitario o “en igualdad de condiciones de sus pares chilenos” de los niños y niñas migrantes en la atención en salud. Al respecto, el recorrido de los marcos normativos nacionales e internacionales anteriormente descrito evidencia un avance en la incorporación de NNA extranjeros a la atención en salud y en el acceso a servicios en igualdad de condiciones. Estas fuentes legislativas sientan las bases para la implementación de políticas públicas y la consecuente sensibilización de la institucionalidad involucrada con las temáticas migratoria y de refugio.

Específicamente, respecto a la normativa revisada, es importante mencionar que las iniciativas realizadas desde el MINSAL para dar mayor cobertura a los niños y niñas extranjeros y mujeres embarazadas fueron medidas reactivas a situaciones emergentes (aumento importante de la población inmigrante irregular). Con estas medidas se logró acoger a un grupo poblacional que estaba solicitando atención en salud, pero que por su situación

migratoria se encontraba desprotegido. Así, se ofreció una respuesta pertinente aunque transitoria, permitiendo la cobertura en salud mientras se realiza el proceso de regularización de la situación migratoria, entendida la regularización como el objetivo a alcanzar desde las políticas migratorias vigentes en nuestro país¹⁶. El carácter reactivo y transitorio de las medidas implementadas por el MINSAL supone la transitoriedad de la condición de irregular del migrante. Sin embargo, se observa en la realidad que el proceso de regularización para muchos extranjeros se complejiza, lo que puede ser comprendido desde la perspectiva de la vulnerabilidad de esta población asociada a factores estructurales¹⁷ que inciden en el acceso y permanencia a servicios; se agregan, entre otros, el costo de la tramitación y los largos tiempos de espera en los procedimientos, lo que tornan esta condición de irregularidad en una situación que se perpetúa en el tiempo.

Si legislar es el primer paso en la generación de contextos de integración, otro paso es la aplicación de la normativa en la institucionalidad, a través de su implementación. Ésta consiste no sólo en difundir la ley y capacitar a los distintos estamentos involucrados, sino también en facilitar los procesos que aseguren la posibilidad de hacer efectivos los derechos. La institucionalidad encargada de implementar las medidas descritas y estipuladas por la ley es diversa, lo que se traduce en procedimientos engorrosos y en ocasiones desarticulados. Esto dificulta la aplicación en la práctica de las disposiciones legales y normativas (Vásquez-De Kartzow, R., 2010), lo que va constituyéndose en un obstáculo en el acceso a servicios. Un ejemplo es lo que ocurre con la implementación del Convenio de Colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud del año 2007, en el cual la normativa precisa el libre acceso a servicios de salud para la población inmigrante infantil en situación irregular. Sin embargo, aunque el derecho a salud es universal, el sistema de salud está estructurado de manera tal que las atenciones no asociadas a un RUT no permiten ser registradas, por lo tanto no son financiadas por el Estado¹⁸. Lo anterior

¹⁶ Es necesario comprender que el MINSAL no puede contravenir estas políticas; las normativas en salud en relación a las personas migrantes se sitúan bajo el marco de la Ley de Extranjería y sus disposiciones legales y requerimientos.

¹⁷ Se refiere al “conjunto de factores relacionados con las condiciones económicas, laborales y del entorno físico de los niños y niñas inmigrantes y sus respectivas familias ()” (Stefoni, C., Acosta, E., Gaymer, M., Casas-Cordero, F., 2010, p. 62).

¹⁸ “El financiamiento del sistema (*de salud*) se basa en aportes públicos y privados (principalmente en fondos de impuestos generales y cotizaciones salariales obligatorias), que se asignan y transfieren a las diversas entidades del sistema de salud, principalmente al Ministerio de Salud y sus entidades dependientes, a FONASA y aseguradoras privadas, servicios de salud y municipios para la administración de atención primaria, y convenios (...). La distribución de fondos de FONASA para atención primaria bajo administración municipal se basa en una estimación per cápita de la población registrada, corregida por factores de pobreza, ruralidad y otros factores” (OPS/OMS, 2010, pp. 63-66).

refleja un vacío de procedimiento, que es resuelto de manera discrecional por los funcionarios o profesionales de los centros de salud que reciben a los NNA migrantes, por ejemplo, a través de la creación de “RUT ficticio”, que permite que estos usuarios sean atendidos con financiamiento asociado. Las limitaciones y entorpecimientos que esto implica en cuanto a la aplicación de la normativa generan escenarios complejos que perpetúan la situación de desprotección a los NNA en esa condición.

Rol de la sociedad civil

La creciente preocupación acerca de la situación de fragilidad en la que se encuentran los NNA migrantes y refugiados, y la consecuente necesidad de protección, en particular en el ámbito de la salud, moviliza, entre otros, a la sociedad civil¹⁹. Múltiples organizaciones, conformadas tanto por conacionales como por grupos pertenecientes a comunidades extranjeras, han tomado un rol importante en cuanto a la promoción y defensa de derechos para personas migrantes y sus familias. Esto, a través del acompañamiento en el proceso de integración a instancias institucionales en los ámbitos de salud, educación y trabajo²⁰. Si bien el aporte de la sociedad civil ha sido importante en cuanto a la visibilización de problemáticas de poblaciones específicas en contextos locales, uno de los problemas observados es la insuficiente sistematización de las iniciativas. Lo anterior conlleva a dificultades en la evaluación del impacto de las intervenciones, así bien en la promoción y difusión de modelos de trabajo exitosos y consistentes en el tiempo. Además, ocurre que no necesariamente hay conexión o interrelación entre distintos emprendimientos y proyectos, lo que se traduce en ámbitos de acción aislados y, en ocasiones, restringidos (abordaje temático o territorial). En este contexto, se torna inminente la necesidad de generar diálogo y articulación entre las iniciativas de la sociedad civil, desde una perspectiva de cooperación e intercambio. Además, se hace relevante la vinculación de éstas con iniciativas estatales, organismos y programas.

Sensibilización y capacitación

Se torna crítico capacitar a los diversos actores vinculados a la salud y la salud mental, tanto profesionales como funcionarios, respecto a la

¹⁹ Un ejemplo, es la iniciativa RedMI - Chile (Red de Migración e Interculturalidad) compuesta por alrededor de 20 instituciones asociadas a las temáticas migratoria y de refugio, que intenta aunar los esfuerzos en torno a la defensa de los derechos de las personas migrantes y realizar seguimiento de compromisos e iniciativas suscritas por el Estado.

²⁰ La especificidad de estos acompañamientos comprende un amplio espectro de intervenciones que van desde asesoría legal, inserción laboral o micro emprendimiento, hasta seguimiento social, acompañamiento escolar, información acerca de derechos, ciudadanía y otros.

temática específica de la migración y el refugio, así como las dificultades que se presentan en la población infantil. Concretamente, no sólo es necesario tomar acciones de difusión y promoción de las normativas nacionales, sino también sensibilizar hacia una comprensión multidimensional, contextual e interdisciplinar, introduciendo así adecuaciones a las prácticas en relación a las necesidades particulares de esta población. En salud mental, se releva la pertinencia de realizar intervenciones psicosociales y en redes, que consideren las dimensiones psicológica, social, cultural, ambiental... pero también la ética, la legislativa y la política, vinculadas a la migración. En esta misma línea es pertinente la generación de protocolos específicos de intervención y derivación para pacientes NNA migrantes y refugiados, así como su difusión en el sistema público.

Desarrollo de investigación

Respecto a las características y necesidades de los NNA migrantes y refugiados, se reconocen los avances en las iniciativas diagnósticas realizadas en nuestro país. Sin embargo, aún se hace necesario realizar estudios que amplíen la comprensión del fenómeno de la migración a nivel regional y sus implicancias en la salud y la salud mental, integrando análisis multidimensionales desde un anclaje contextual.

Uno de los desafíos pendientes es incentivar la investigación de buena calidad, a través de estudios diagnósticos epidemiológicos y de necesidades sanitarias de infancia migrante y refugiada con criterios metodológicos que permitan análisis comparativos entre regiones y con población nacional. Específicamente en salud mental, y de acuerdo a los lineamientos planteados por la OMS (2001), las investigaciones deberían llevarse a cabo desde una perspectiva internacional, para acceder a las variaciones entre comunidades y entender mejor los factores que intervienen en las causas, el curso y los resultados de los trastornos mentales. A modo de ejemplo de líneas de investigación, sería interesante realizar estudios longitudinales de seguimiento de NNA en su país de origen y luego en país de destino, para aislar la variable “migración” y su impacto específico respecto a la salud mental. Así bien, identificar la existencia de trastornos previos al proyecto migratorio.

CONCLUSIONES

La temática de la infancia en población migrante y refugiada se está constituyendo como una preocupación creciente en nuestro país, siendo el ámbito de la salud uno de los más sensibles. El reconocimiento de la situación actual de avance en las iniciativas para normar y asegurar la incorporación de los NNA migrantes y refugiados al sistema de salud pública confronta

a la institucionalidad en salud a integrar la legislación vigente, a través de marcos inclusivos que en la actualidad son aún incipientes. Asimismo, releva las características específicas de esta población que merecen ser observadas con detenimiento desde múltiples perspectivas disciplinares.

Concretamente, en la reflexión acerca de las problemáticas en salud y salud mental de los NNA migrantes y refugiados y sus familias emergen nociones que se encuentran a la base en el debate migratorio y que se manifiestan en oposición, tales como: igualdad vs. diferencia, no discriminación vs. discriminación, generalidad vs. especificidad, *nosotros* vs. *los otros*... Para liberar la lógica dicotómica en cuestión, se hace necesaria la apertura de un espacio reflexivo multidimensional contextual, en donde la contradicción se diluye en favor de diálogos con mayor potencial comprensivo y creativo.

En salud y salud mental, el análisis multidimensional y el ejercicio contextual implican, entre otros, la consideración de escenarios nacionales e internacionales; el marco legislativo en salud de nuestro país; el desarrollo progresivo del sistema de salud nacional; así bien, la perspectiva cultural (intercultural y transcultural) y las particularidades de esta población infantil a nivel individual, familiar, comunitario y social. Este ejercicio requiere necesariamente de la incorporación de ámbitos de acción interdisciplinar e intersectorial hacia lógicas integradoras, dada la complejidad del escenario migratorio regional y su actual manifestación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAR, L. (2007). “Niños inmigrantes: políticas públicas en salud”, en *Niños y niñas migrantes: Políticas públicas, integración e interculturalidad*. Santiago, Chile: Editorial Colectivo Sin Fronteras, pp. 71-85.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2000). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fourth Edition-Text Revision (DSMIV-TR).
- CASAS, L.; ESPEJO, N.; FEDDERSEN, M. y QUESILLE, A. (2009). *Manual sobre justicia-bilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*. Red Iberoamericana de Jueces, OXAFAM-Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
- CLÍNICA PSIQUIÁTRICA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2008). *Diagnóstico y factibilidad global para la implementación de políticas globales de salud mental para inmigrantes de la Zona Norte de la Región Metropolitana*. Santiago: Clínica Psiquiátrica de la Universidad de Chile, Ministerio de Salud, Organización Internacional para las Migraciones (OIM).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC). *Observación general N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”*, E.C./12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE, CEPAL (2010). “Resumen del estudio sobre marcos institucionales, normativos y de políticas sobre

- migración internacional en la Argentina, Chile y el Ecuador”, Seminario Taller sobre el Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Gestión de la Migración Internacional, documento de referencia, pp. 8-13.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980). www.camara.cl, consultado en octubre 2001.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1990). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
- CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y EL MINISTERIO DE SALUD (2007). Ministerio del Interior, Gobierno de Chile.
- CORPORACIÓN COLECTIVO SIN FRONTERAS, ANA CORTEZ, DIRECTORA EJECUTIVA Y CARLOS MUÑOZ, DIRECTOR DE RELACIONES INSTITUCIONALES. Entrevista conjunta realizada en octubre de 2011.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- DEMOSCÓPICA (2009). *Diagnóstico y factibilidad global para la implementación de políticas locales de salud para inmigrantes en la Zona Norte de la Región Metropolitana*. Santiago: Demoscópica S.A., Ministerio de Salud, Organización Internacional para las Migraciones (OIM).
- INSTRUCTIVO PRESIDENCIAL SOBRE POLÍTICA MIGRATORIA (Santiago, 02 de septiembre, 2008). Emitido por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, Gobierno de Chile.
- LEY Nº 18.469 REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CREA UN RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD (14 noviembre de 1985). Ministerio de Salud, Gobierno de Chile.
- LEY Nº 20.430 ESTABLECE DISPOSICIONES SOBRE PROTECCIÓN DE REFUGIADOS (15 de abril de 2010). Subsecretaría del Interior, Ministerio del Interior, Gobierno de Chile. Publicación Diario Oficial de la República de Chile, Primer Cuerpo, pp. 8-10, Nº 39.636.
- MASSOU, I. Intérprete Programa de Reasentamiento Palestino “Chile País de Acogida”, 2008-2010, ACNUR/Vicaría de la Pastoral Social. Entrevista realizada en octubre de 2011.
- NEUMANN, E. (2004). Infancia, Migración y Derecho a la salud, en *Niños y Niñas Migrantes en Chile: Derechos y Realidades*. Santiago, Chile: Editorial Colectivo Sin Fronteras - Fundación ANIDE, pp. 113-117.
- NÚÑEZ, L. (2010). Migrantes urbanos y los lenguajes del malestar. En Agar Corbinos, L. (coord.), *Migraciones, salud y globalización: entrelazando miradas*, Editorial Biplano, OIM/OPS/MINSAL, Santiago, pp. 159-177.
- OFICIO CIRCULAR Nº 6232 (mayo, 2003). Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración, Gobierno de Chile. Documento dirigido al Intendente de la Región Metropolitana y a los Gobernadores Provinciales.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, OPS/OMS (2011). *La Salud en Chile 2010. Panorama de la situación de salud y del sistema de salud en Chile*. Serie Técnica de Análisis de Situación-PWR CHI/11/HA/01. Santiago, Chile.

- ORDINARIO N° 2.284 (2007). Departamento de Emergencia y Desastre, Subsecretaría de Redes Asistenciales, Gobierno de Chile. Documento dirigido a Directores de Servicios de Salud.
- ORDINARIO N° 3.229 (2008). Ministerio de Salud, Gobierno de Chile. Documento dirigido a Directores de Servicios de Salud y Secretarios Ministeriales de Salud.
- ORDINARIO N° 2.551 (2009). Grupo SIR-MINSAL perteneciente al Departamento de Estudios del Gabinete Ministerio de Salud, Gobierno de Chile.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD OMS (2001). *Informe sobre la salud en el mundo. Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*. Ginebra, Suiza.
- PAVEZ, I. (2011). *Migración infantil: rupturas generacionales y de género. Las niñas peruanas en Barcelona y Santiago de Chile*. Tesis para optar al grado de Doctora en Sociología, Facultat de Ciències Politiques i Sociologia, Departament de Sociologia, Universitat Autònoma de Barcelona.
- PÉREZ, A.; PAIEWONSKY, D. y GARCÍA, M. (2008). *Cruzando Fronteras: migración y desarrollo desde una perspectiva de género*. Instituto Internacional de Investigación y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (UN-INSTRAW) e Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad) del Gobierno de España pp. 98-104.
- PÉREZ, A. (2010). *Cadenas Globales de cuidado: ¿Qué derechos para un régimen global de cuidados justo?* Instituto Internacional de Investigación y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (UN-INSTRAW) pp. 1-10.
- RIVAS, H. (2010). "Migración y Salud: una aproximación desde el ámbito legal". En Agar Corbinos, L. (coord.), *Migraciones, salud y globalización: entrelazando miradas*, Editorial Biplano, OIM/OPS/MINSAL, Santiago, pp. 65-86.
- ROJAS, I., Enfermera, Asesora Departamento de Salud Mental, Subsecretaría de Salud Pública, Ministerio de Salud. Entrevista realizada en noviembre de 2011.
- ROJAS, G.; CASTRO, A. y FRITSCH, R. (2010). Salud mental de los inmigrantes en la comuna de Independencia, R.M. de Santiago, Chile: el caso del consultorio Dr. Agustín Cuz Melo. En Agar Corbinos, L. (coord.), *Migraciones, salud y globalización: entrelazando miradas*, Editorial Biplano, OIM/OPS/MINSAL, Santiago, pp. 115-129.
- STEFONI, C.; ACOSTA, E.; GAYMER, M.; CASAS-CORDERO, F. (2010). *El derecho a la educación de los niños y niñas inmigrantes en Chile*, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto, Bilbao.
- STEFONI, C.; BECERRA, M. y GAYMER, M. (2008). *Evaluación Primera Etapa del Programa de Reasentamiento a Refugiados Palestinos*, Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior /ACNUR Chile / Vicaría de la Pastoral Social.
- VÁSQUEZ-DE KARTZOW, R. (2010). Nuevos actores de la epidemiología en tiempos de globalización. En Agar Corbinos, L. (coord.), *Migraciones, salud y globalización: entrelazando miradas*, Editorial Biplano, OIM/OPS/MINSAL, Santiago, pp. 25-36.

7 DANIEL CONTRERAS, SOLEDAD CORTÉS, CANDY FABIO

Niños, niñas y adolescentes migrantes y su derecho a la educación en Chile

¿Está el derecho a la educación de los niños y niñas no nacionales, adecuado y suficientemente, asegurado en Chile? Para poder contestar esta pregunta es necesario definir qué implica y cuál es el alcance del derecho a la educación, luego si este derecho está ‘en general’ suficientemente resguardado en el país, y solo después está la consideración acerca de los NNA inmigrantes y su derecho a la educación.

Respecto de las dos primeras dimensiones, que exceden pero contextualizan este artículo, se presentarán algunos elementos referenciales; para la tercera cuestión, el grado de cumplimiento del derecho a la educación de los NNA inmigrantes, se desplegará una revisión que busca ser comprensiva y que constituye el centro de este artículo, que concluye con algunas recomendaciones de política.

1. ALCANCE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU VIGENCIA EN CHILE

Desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), en su artículo 13, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en sus artículos 28 y 29, se establece que la educación tiene por propósito asistir a los niños en el desarrollo de sus talentos personales, y sus capacidades físicas y mentales hasta el máximo de sus posibilidades, desarrollar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, enseñar el respeto a sus padres, y a su propia identidad cultural y para con civilizaciones distintas a la suya, preparar para asumir una vida responsable en una sociedad libre, en espíritu de comprensión, paz, tolerancia, equidad de género, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos.

Consistente con ese propósito, el derecho a la educación posee algunas características distintivas: 1) es un derecho clave que posibilita el acceso a otros derechos y 2) posee tanto una dimensión personal –en el sentido

que es una garantía para todas las personas— como una social, en tanto su mejor expresión es, precisamente, la contribución al progreso de las sociedades y el ejercicio colectivo de la ciudadanía. Es por ello que el derecho a la educación se sustenta en cuatro principios: no discriminación; interés superior del niño; derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y respeto y consideración por la opinión de los niños.

El derecho a la educación incluye un conjunto amplio de facetas, entre otras, la garantía de acceso universal a la educación básica; igualdad de oportunidades para niños y niñas, para personas con discapacidad, para el mundo rural y el mundo urbano marginal, para los indígenas y para otros grupos minoritarios (Hammarberg, T., 1998). Esta igualdad no remite solo al acceso, supone también la cuestión de los resultados. La existencia de contenidos apropiados a los propósitos de la educación implica no solo a los contenidos expresamente referidos en los currículos sino también a cómo estos se relacionan con la vida diaria de los niños y niñas.

El derecho a la educación supone conseguir, también, que la experiencia escolar sea relevante para los niños ahora y para su futuro¹, e involucra:

- 1) Formación en valores universales y en respeto a las raíces culturales propias, lo que permite el respeto tanto a otros grupos y culturas como al medio ambiente;
- 2) Nuevos métodos de enseñanza que posibiliten mayores avances; lo que no implica una consideración meramente instrumental, sino que una consideración tanto en la perspectiva de procesos más efectivos como en la de tener en cuenta que una escuela con derechos es distinta en muchos aspectos, y que la relación profesor-estudiante y el carácter social del proceso educativo deben, necesariamente, transformarse;
- 3) Respeto mutuo, como característica de un proceso escolar adecuado y como explícito propósito del mismo;
- 4) Una escuela que regla la convivencia sin discriminación y con arreglo al debido proceso, pues así se construye una experiencia sin violencia escolar;
- 5) Participación de los estudiantes como condición del proceso escolar, toda vez que la participación es un derecho humano —que está expresamente enfatizado en la CDN— y es la más contundente respuesta al desafío de formar para el entendimiento y el respeto a los valores

¹ La relevancia de la educación en el tiempo presente y en el futuro está ampliamente conceptualizada en el informe de la Comisión de Educación para el Siglo 21, Comisión Delors (Delors, 1996).

democráticos; además de ser la participación condición de un proceso educativo interactivo; y

- 6) Nuevos roles de maestros, padres, madres y de la comunidad: maestros que vayan haciendo suyo el mensaje de la Convención, que transiten de relatores a facilitadores de procesos educativos²; padres cercanos a la escuela y organizados en su apoyo al proceso educativo de sus hijos e hijas; y una comunidad que es fuente y escenario del proceso educativo, que se asocia con la escuela en la perspectiva del interés superior del niño.

Desde los derechos humanos, la materialización del derecho a la educación y sus diversas facetas implica tres dimensiones interrelacionadas (UNICEF-UNESCO, 2008): el derecho a acceder y permanecer en la escuela, el derecho a aprender (o derecho a una educación de calidad), y el derecho a no discriminación y buen trato en el ámbito de la educación.

- *El derecho a acceder y permanecer en la escuela.* En efecto, la escuela constituye el espacio privilegiado para el goce del derecho a educación; que existan escuelas asequibles (en el entorno geográfico y sin barreras económicas de acceso) es condición para el cumplimiento del derecho, sin embargo, se requiere, además, de un sistema escolar que acoja y mantenga a los estudiantes dentro de él, así la deserción y el rezago (edad teórica/curso) constituyen formas claras de restricción al derecho de educación.
- *El derecho a aprender (o derecho a una educación de calidad).* Evidentemente la mera asistencia a la escuela no garantiza el derecho a educación (es condición necesaria pero no suficiente), se requiere que esa asistencia redunde en aprendizajes. Entonces surge naturalmente la pregunta acerca de qué aprendizajes estamos hablando o, dicho de otro modo, qué cosas son las que se requiere aprender en una escuela para considerarla una buena escuela o que brinda educación de calidad. La CDN y otros instrumentos internacionales, así como la propia Ley General de Educación, establecen un horizonte amplio de aprendizajes que deben ser formados por el sistema escolar; estos aprendizajes dicen relación con el conjunto de conocimientos y destrezas que se requieren no solo para seguir estudiando o para trabajar; están incluidos aquí aprendizajes para la vida y aquellos que formen en tolerancia y no discriminación, habilitando para una vida en sociedad consistente con el marco internacional de derechos humanos.

² Por eso la provisión de mejores condiciones materiales y simbólicas para el ejercicio de la profesión docente es parte de lo que debe asegurarse para garantizar el derecho a la educación.

- *El derecho a no discriminación y a buen trato en el ámbito de la educación.* Todos los NNA han de tener igual posibilidad de acceder, permanecer y aprender en el sistema educativo. La discriminación constituye un obstáculo al derecho de educación; también lo es cualquier forma de malos tratos en el ámbito propio de la escuela; en efecto, la violencia escolar y otras formas de malos tratos sobre poblaciones específicas constituyen una limitación del derecho a la educación no solo respecto de esas poblaciones, sino también en términos de un sistema general que no asegura o resguarda debidamente dicho derecho.

Siguiendo estas tres dimensiones interrelacionadas, al revisar la condición de plena vigencia –y aseguramiento para todos– del derecho a la educación en Chile nos encontramos frente a un escenario paradójico:

De una parte, la inmensa mayoría de los NNA asisten a la escuela, casi no existen obstáculos legales para acceder a ella, un altísimo porcentaje de los docentes tiene formación universitaria, muchísimos NNA reciben textos de estudio –de buena calidad y gratuitos– y la disponibilidad de infraestructura y mobiliario se encuentra entre las mejores de la región (UNESCO, 2008, pp. 26-53). Por otra parte, sin embargo, la educación es socialmente percibida como muy deficitaria, los resultados en pruebas internacionales ponen a Chile entre los países de bajo desempeño –cuando se los compara con países más desarrollados–, los resultados en pruebas estandarizadas se muestran con muy poco movimiento y estos dan cuenta que casi un 40% de los niños en 4° básico no alcanza los aprendizajes que se esperan para el nivel, las denuncias sobre violencia y malos tratos en la escuela aumentan sostenidamente durante los últimos años y, por último, el sistema educativo chileno se muestra como uno de los más segmentados del mundo.

2. MIGRANTES Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

Es en este contexto complejo y paradójico donde los NNA migrantes, refugiados, víctimas de trata y otros niños no nacionales, deben acceder a las condiciones y servicios que les permitan el máximo disfrute del derecho a la educación.

En las siguientes páginas se pasa revista a la condición del derecho a la educación –como derecho a acceder y permanecer en la escuela, derecho a aprender (o derecho a una educación de calidad) y derecho a no discriminación y buen trato en el ámbito de la educación– entre los NNA migrantes.

2.1. Derecho a acceder y permanecer en el sistema escolar

En Chile las dificultades que deben enfrentar los niños, niñas y adolescentes inmigrantes, en cuanto a acceso y permanencia en el sistema educativo, no

se dan de manera equitativa. Estas dependen principalmente de su condición socioeconómica, la cual “determina su ubicación inicial al interior de la estructura social chilena” (Stefoni *et al.*, 2009, citado en Hein, 2010, p. 155). Mientras el proceso de inmigración de familias con altos ingresos cuenta con una serie de facilitadores que repercuten en que la búsqueda y acceso a colegios sean más bien sencillos –contactos previos en el país de origen para la matrícula, papeles legales al día, redes de apoyo tanto en el país de origen como en Chile, entre otros–, en el caso de las familias inmigrantes de bajos recursos el proceso se ve limitado fundamentalmente por falta de información y recursos, los que a su vez restringen la búsqueda y posibilidad de elección del establecimiento educacional al cual pueden acceder sus hijos e hijas. Esto podría explicar que la mayoría de los estudiantes inmigrantes perteneciente a familias de nivel socioeconómico bajo accedan a establecimientos municipales que se distinguen del resto por ser gratuitos.

En la Tabla N° 1 se muestra el comportamiento de la matrícula de estudiantes extranjeros, según la dependencia administrativa de los establecimientos educativos. Esta evidencia que el 43,5% de los estudiantes extranjeros estudia en establecimientos de educación municipal, los cuales representan el 38,8% de los establecimientos educativos que cuentan con matrícula de estudiantes extranjeros. Por su parte, el 39,7% de los estudiantes extranjeros estudia en colegios particulares subvencionados, los cuales corresponden al 49,8% de los establecimientos que cuentan con matrícula de estudiantes extranjeros.

Tabla N° 1: Presencia de estudiantes extranjeros en el sistema escolar chileno*

Dependencia administrativa	Establecimientos educativos que tienen al menos un estudiante extranjero matriculado		Estudiantes extranjeros matriculados	
	Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje
Corporación Municipal	548	15,2	4.746	19,0
Municipal (Departamento de Administración de Educación Municipal, DAEM)	848	23,5	6.121	24,5
Particular subvencionado	1.792	49,8	9.922	39,7
Particular pagado	367	10,2	3.743	15,0
Corporación de Administración Delegada	47	1,3	444	1,8
TOTAL	3.602	100,0	24.976	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación.

* El cálculo solo considera a los estudiantes extranjeros matriculados en establecimientos que imparten alguna de las siguientes modalidades de enseñanza: Párvulos, Básica, Media HC y Media TP.

Como es evidente, los NNA migrantes que pertenecen al nivel socioeconómico alto tienen recursos y redes de inserción que les permiten asegurar de un modo adecuado el ejercicio de su derecho a la educación, especialmente en las fases de derecho de acceso y permanencia, y de educación de calidad; en función de ello, el análisis que sigue se centra en la situación de los NNA de nivel socioeconómico medio, medio bajo y bajo, según la clasificación del SIMCE).

2.1.1. *Sobre el acceso*

Si bien en Chile la legislación vigente –a través de la Constitución Política y la Ley General de Educación, respectivamente– garantiza el acceso a educación de todos los niños, niñas y adolescentes (artículo 19 N° 10 de la Constitución) y establece que ni el Estado (artículo 5 de la Ley General de Educación), ni los establecimientos educacionales podrán discriminar arbitrariamente a los estudiantes y a los demás miembros de la comunidad educativa (artículo 10 de la Ley General de Educación), existen problemas que obstaculizan el acceso a la educación de NNA en condición de inmigrantes.

Según Stefoni *et al.* (2008) y el informe de la Red Chilena de Migración e Interculturalidad (RedMI)³ (2011), las principales barreras que deben enfrentar las familias inmigrantes provenientes de sectores vulnerables se podrían clasificar, esencialmente, en aquellas que tienen relación con aspectos establecidos en la normativa y en acciones que son ejercidas por distintos actores del sistema escolar, que están fuera de la norma. De estas últimas, Stefoni *et al.* (2008) reconoce al menos tres subterfugios que son utilizados por los establecimientos educativos para negar matrícula a estudiantes inmigrantes. El primero de ellos corresponde a la «falsa falta de matrícula», convirtiéndose en “una de las formas más comunes y también más sutiles de exclusión” (p. 25), siendo difícil de contradecir y de demostrar su falsedad. La segunda barrera que deben enfrentar las familias inmigrantes es la «solicitud de documentos o requisitos fuera de la norma»; entre los más comunes están pedir la cédula de identidad chilena

³ La Red Chilena de Migración e Interculturalidad (RedMI) está compuesta por las siguientes organizaciones: Centro Integrado de Atención al Migrante (CIAMI), Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado (UAH), Corporación Colectivo sin Fronteras, Corporación ONG Raíces, Departamento de Sociología de la Universidad Alberto Hurtado (UAH), Escuela de Psicología de la Universidad ARCIS, Fundación Ideas, Fundación Instituto de la Mujer (FIMU), Fundación Scalabrini, Fundación Servicio Jesuita a Migrantes (SJM), Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI), Programa de Salud Mental Intercultural, Centro de Atención Psicológica (CAPS), Universidad Academia de Humanismo Cristiano (UAHC), Programa CEAC de la Universidad Católica Silva Henríquez (UCSH), Programa PRISMA de Salud Mental para Migrantes y Refugiados de la Universidad Alberto Hurtado (UAH) y Warmipura.

o el certificado de estudios legalizado, mientras que la norma establece que solo se requiere de la autorización del Departamento Provincial de Educación (DEPROV) para obtener matrícula provisoria y un documento que acredite la identidad y edad del estudiante. El tercer obstáculo fuera de la norma, que ha sido detectado, es la «negación explícita a recibir estudiantes extranjeros», lo que legalmente está prohibido. A lo anterior debe sumarse la aplicación de los mecanismos formales de selección educativa que, a partir de la Ley General de Educación, quedaron regulados y, paradójicamente, fortalecidos en pro de la capacidad de la escuela de seleccionar en detrimento de la capacidad de las familias para elegir la escuela de sus hijos (Contreras, 2010).

El principal dispositivo establecido para facilitar –con limitaciones, como se verá más adelante– el acceso al sistema educativo chileno es la obtención de matrícula provisoria por parte de los estudiantes extranjeros. Según el Instructivo 2005, N° 07/1008 del Ministerio de Educación, todos los estudiantes en condición de inmigrante deben “ser aceptados y matriculados provisionalmente en los establecimientos educacionales” que cuentan con reconocimiento oficial. Para obtener la matrícula provisoria, las familias deben solicitar su autorización en el DEPROV con documentación que acredite la identidad del estudiante, su edad y últimos estudios cursados en el país de origen, “no pudiendo constituir impedimento el hecho de que estos documentos no cuenten con el trámite de legalización”. La normativa establece que el estudiante con matrícula provisoria es considerado alumno regular para todos los efectos académicos, curriculares y legales, razón por la que el establecimiento educativo en el cual es acogido recibe la subvención regular por asistencia.

La obtención de matrícula provisoria no es un proceso complejo, las dificultades que deben enfrentar los estudiantes inmigrantes radican fundamentalmente en el cumplimiento de las garantías que supone contar con este tipo de rótulo escolar. En este aspecto, es importante precisar que existen visiones encontradas entre lo que dicta la norma y el cumplimiento de la misma.

Si bien la norma establece que los estudiantes con matrícula provisoria son considerados en términos académicos, curriculares y legales como alumnos regulares, el informe de la RedMI (2011) plantea que contar con este tipo de matrícula no es condición suficiente para que el estudiante sea parte del registro oficial de estudiantes de Chile (Sistema Información General de Estudiantes, SIGE) dado que este requiere como condición para el registro el poseer Rol Único Nacional (RUN), lo que a su vez implica tener regularizada la situación migratoria.

Para ser parte del SIGE, es necesario entonces que los estudiantes inmigrantes cuenten con RUN, al cual solo se accede por medio de la tramitación de la visa de estudiante o visa temporaria las que, en ambos casos, son otorgadas incluso si los padres no tienen regularizada su situación de residencia en el país⁴. Sin embargo, entre los requisitos para la solicitud de visa de estudiante o visa temporaria por parte de los estudiantes con matrícula provisoria, está presentar el certificado de matrícula de alumno regular, el cual es emitido por los mismos establecimientos educativos o, bien, por la Dirección de Educación Municipal, en el caso que el estudiante asista a establecimientos bajo este tipo de administración. El problema es que la decisión de emitir o no este documento depende exclusivamente del criterio de estas dos instituciones⁵, a pesar que la normativa define que los estudiantes con matrícula provisoria deben ser considerados para todos sus efectos como alumnos regulares.

También existe dificultad para que los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria y sin RUN puedan ser considerados “alumnos prioritarios”, de manera de permitir a su escuela impetrar Subvención Escolar Preferencial (SEP)⁶, situación que puede estar funcionando como un desincentivo para que los establecimientos educativos reciban NNA en condición de inmigrantes.

En relación a la asignación de la SEP a estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria, el Ministerio de Educación tiene distintas versiones. Por una parte, la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación “Ayuda MINEDUC” plantea que estos estudiantes solo pueden ser considerados como prioritarios si cuentan con RUN definitivo y tienen aplicada la Ficha de Protección Social (FPS), no siendo suficiente para el pago de la SEP contar con RUN provisoria y/o que el RUN definitivo

⁴ Para tramitar la visa de estudiante o visa temporaria se requiere presentar al Departamento de Extranjería de la Gobernación Provincial –según corresponda el domicilio del solicitante– los siguientes documentos: pasaporte original, fotocopia de la hoja de identificación del pasaporte, certificado de matrícula de alumno regular y dos fotografías en color, tamaño carné, con nombre completo y número de pasaporte.

⁵ Esta información fue ratificada por la Mesa de Ayuda MINEDUC, específicamente por Ricardo Soto el día 12 de diciembre de 2012.

⁶ Según la Ley de Subvención Escolar Preferencial, los alumnos prioritarios son considerados como tales si: pertenecen al Chile Solidario, al tercil más vulnerable según la Ficha de Protección Social (FPS), o al tramo A de FONASA; o si, al considerar ingresos familiares del hogar, escolaridad de la madre, ruralidad y pobreza comunal, aparecen como vulnerables. Estos mecanismos requieren, casi exclusivamente, la aplicación de la Ficha de Protección Social (FPS), pero como este instrumento no tiene una indicación especial que aborde la condición de migrante o extranjero, esto puede generar dos situaciones: “no se aplica o existen criterios dispares por parte de los municipios cuando las personas migrantes no tienen un RUN o este se encuentra en trámite” (RedMI, 2011, p. 7). Es importante consignar que la FPS tiene entre sus dimensiones la de “Identificación”, que requiere del registro del RUN de todas las personas encuestadas.

esté en curso –esta información fue consultada directamente a la Mesa de Ayuda MINEDUC en dos ocasiones y fechas distintas, obteniendo siempre la misma respuesta⁷. Otra versión corresponde a la otorgada por la Coordinación Nacional de Tecnología del Ministerio de Educación, la que especifica que “todos los alumnos que registran matrícula son evaluados en su condición de prioritarios”⁸.

2.1.2. *Sobre la permanencia*

Respecto de la permanencia es posible distinguir dos grandes tipos de obstáculos: 1) los asociados al no acceso a beneficios estudiantiles, lo que sitúa a los NNA inmigrantes pobres en una condición más precaria respecto de los NNA nacionales pobres, configurándose una situación de discriminación y 2) los derivados de la imposibilidad de certificar sus avances y progresos en el sistema escolar por no poseer matrícula definitiva. Al apreciarlos con más detalle se observa:

a) *Barreras como no acceso a beneficios*

Se han detectado (RedMI, 2011) problemas en el acceso al programa de salud escolar y nuevamente el motivo referido es no contar con RUN definitivo. La institución encargada de brindar este programa es la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), la cual también trabaja con la base de datos del SIGE. Según la evidencia recabada respecto a los otros beneficios escolares que dependen de JUNAEB –alimentación, útiles escolares, entre otros–, no existirían mayores problemas debido a que son los propios establecimientos educativos los que administran su entrega (Stefoni *et al.*, 2008, p. 68).

JUNAEB, por su parte, ante la consulta respecto de la atención que reciben los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria en el programa de salud escolar, detalla que de acuerdo al marco legal que rige dicha institución, JUNAEB “solo da como requisito de acceso que el estudiante se encuentre matriculado en establecimientos que reciban subvención del Estado (particulares subvencionados/municipales) y que cumplan con los criterios de focalización o selección de cada uno de nuestros programas y/o servicios que se entregan (ejemplo: excelencia académica). Ahora, en ese marco, nosotros perfectamente podríamos considerar y entregar subvención a un niño/a que no necesariamente tenga un RUN chileno; aún

⁷ Esta información fue otorgada por la Mesa de Ayuda MINEDUC, específicamente por Ricardo Soto el día 12 de diciembre del 2011 y por Catalina Aguirre el día 6 de enero de 2012.

⁸ Esta información fue otorgada por la Coordinación Nacional de Tecnología del Ministerio de Educación, específicamente por Ricardo Cid el día 13 de diciembre de 2011.

más, la ley y otra serie de tratados entre países limítrofes que hablan de reciprocidad nos obligan a ello”⁹.

b) *Barreras como no certificación de la promoción anual*

El hecho que los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria no cuenten con RUN implica que, a pesar de asistir regularmente a clases, rendir pruebas y aprobar los ramos, las calificaciones obtenidas no puedan ser incorporadas al sistema ni acceder a la certificación que acredite los cursos aprobados (RedMI, 2011, p. 7). No obstante, el Ministerio de Educación precisa¹⁰ que el SIGE asigna a los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria un RUN provisoria mientras estos tengan un documento válido de identificación; la diferencia entre un estudiante con RUN provisoria y uno con RUN definitivo es que el primero no figura en las Actas de Notas del Ministerio de Educación y, con ello, no es posible considerar como válidos sus estudios, lo que solo se revierte regularizando su situación dentro del plazo del año escolar.

La solución más completa a esta situación viene dada con el paso de matrícula provisoria a matrícula definitiva; para que esto suceda, los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria deben realizar una serie de trámites que necesariamente requieren de recursos económicos –costos monetarios de los sellos institucionales– o que suponen la dificultad, casi insalvable, de que algunos de esos trámites deben realizarse a distancia o directamente en la capital de sus respectivos países de origen (Stefoni *et al.*, 2008).

Según el Ministerio de Educación, y tal como lo señala la página web “Ayuda MINEDUC”¹¹, para obtener matrícula definitiva los estudiantes inmigrantes deben contar con el Certificado de Reconocimiento de Estudios que entrega el Departamento de Exámenes del Ministerio de Educación, cuya obtención implica legalizaciones en el país de origen y en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Stefoni *et al.* (2008) distinguen tres situaciones en las que se puede encontrar un/a estudiante inmigrante al momento de tramitar su matrícula definitiva: 1) *Cuenta con los certificados de estudio legalizados en su país de origen*: en este caso, por medio del proceso de convalidación de estudios, los estudiantes pueden obtener el “certificado de reconocimiento de estudios” y conseguir así la matrícula definitiva; 2) *Cuenta con los certificados*

⁹ Esta información fue otorgada por JUNAEB a Ricardo Cid de la Coordinación Nacional de Tecnología del Ministerio de Educación quien la hizo llegar a UNICEF el día 14 de diciembre de 2011.

¹⁰ Esta información fue otorgada por la Coordinación Nacional de Tecnología del Ministerio de Educación, específicamente por Ricardo Cid el día 13 de diciembre de 2011.

¹¹ http://www.ayudamineduc.cl/resguardo/resg_disc/disc_inmi/inmi_proc.php

de estudio sin legalizar o con legalización incompleta: en este caso existen dos alternativas: (a) realizar en su país de origen las respectivas legalizaciones y realizar el proceso de convalidación de estudios o (b) en caso de no tener la posibilidad de legalizar los certificados en el país de origen, se puede solicitar el proceso de validación de estudios; y 3) *No posee la documentación que acredite su escolaridad:* en este caso, la única posibilidad que tienen los estudiantes es optar por el proceso de validación de estudios.

Validación de estudios	Convalidación de estudios
<p>La validación de estudios es una segunda alternativa para que los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria puedan obtener la matrícula definitiva. Según el Decreto Exento N° 2.272/ 2007, puede solicitarse en los casos que el estudiante inmigrante no tenga el certificado de estudios legalizados o bien no cuente con ningún tipo de documentación que acredite su escolaridad. El requisito es que el estudiante esté matriculado provisionalmente en algún establecimiento educacional, de modo tal que los profesores administren “un proceso de evaluación formativa, culminando con una calificación que, como resultado de dicho proceso, permita determinar la situación de promoción o ubicación del alumno o alumna. La duración de este proceso no debe superar tres meses desde el momento de recibir al alumno o alumna en calidad de provisional” (artículo 15).</p> <p>El establecimiento al cual asiste el estudiante con matrícula provisoria, de manera autónoma, elabora y aplica la prueba diagnóstica con autorización del DEPROV. La norma establece que serán los establecimientos educativos los que se preocuparán de “formar un equipo de profesores que se especialicen en este proceso, con el fin de resolver por medio de evaluaciones formativas la situación escolar de los alumnos o alumnas que requieran el reconocimiento de estudios” (Decreto Exento N° 2.272/ 2007, artículo 16).</p> <p>Sin embargo, además de las dificultades propias de las precariedades institucionales de muchas de las escuelas más pobres, los establecimientos educacionales en su mayoría desconocen la normativa y, por lo mismo, la transgreden o incumplen (Stefoni <i>et al.</i>, 2008; RedMI, 2011).</p>	<p>Según el Decreto Exento N° 2.272/ 2007, la convalidación de estudios permite tanto a las personas chilenas como extranjeras, que hayan realizado estudios en países que tienen convenios vigentes con Chile, obtener un “certificado de reconocimiento de estudios” básicos y medios, sin necesidad de rendir exámenes. Con este certificado los estudiantes inmigrantes pueden matricularse en forma definitiva y así continuar sus estudios.</p> <p>Una vez legalizado el certificado de estudios del último año aprobado, este debe presentarse en la Unidad de Exámenes del Ministerio de Educación, con lo cual el estudiante podrá conseguir su matrícula definitiva.</p> <p>Del mismo modo que ya se ha mencionado, el proceso de convalidación de estudios requiere de esfuerzos económicos y operativos que, en muchas ocasiones, superan las posibilidades con que cuentan las familias inmigrantes de escasos recursos.</p>

Fuente: Elaboración propia en base a la normativa vigente.

Independientemente del camino que se opte para la obtención de matrícula definitiva, necesariamente debe operar un proceso de asignación de curso en el que también se han observado algunas arbitrariedades que suponen obstáculos al pleno ejercicio del derecho a la educación.

Para la asignación de curso debe aplicarse la tabla de equivalencia instituida en el Convenio Andrés Bello (CAB) que “establece un régimen de reconocimiento y equivalencia de estudios de enseñanza básica y media. Un alumno de enseñanza básica o media de un país miembro podrá continuar/terminar sus estudios de dichos niveles en cualquier otro país

miembro aplicando la Tabla de Equivalencia de estudios de los países CAB, actualizada en 1998 por la Resolución N° 006 de la XIX Reunión de Ministros de Educación del CAB” (MINEDUC, 2011). Este tratado impide que los estudiantes extranjeros sean «bajados» de curso arbitrariamente, no obstante, existen registros de casos en los cuales esto sucede con NNA inmigrantes, ya sea por prejuicios o porque los establecimientos prefieren esta alternativa a la de ofrecer nivelación de estudios (Stefoni *et al.*, 2008 y RedMI, 2011).

Cuando un DEPROV autoriza una matrícula provisoria a un NNA inmigrante, obligatoriamente debe especificar el nivel que debe cursar, utilizando la tabla de equivalencia del CAB. En el caso del proceso de convalidación de estudios no existen problemas con la asignación de curso, ya que los certificados precisan los cursos aprobados. Sin embargo, en el proceso de validación de estudios –que se lleva adelante cuando los estudiantes inmigrantes no pueden acreditar sus años de escolaridad–, se han documentado prácticas que están fuera de la norma, como por ejemplo: “a) La DEPROV decide y le comunica al establecimiento educacional en qué curso debe matricularse un niño o niña; b) El establecimiento educacional, con supervisión de la DEPROV, realiza una prueba de diagnóstico y establece en qué curso queda el estudiante; c) La DEPROV decide en qué curso queda el niño o niña y este le comunica al establecimiento educacional en qué curso debe matricularse un niño o niña” (Stefoni *et al.*, 2008, pp. 34 y 35).

El hecho que NNA provengan de otro país o que sus padres no tengan regularizada su residencia en Chile no puede ser causal para negarles el derecho a ingresar, permanecer y progresar en el sistema escolar nacional. Cualquier forma de discriminación es contraria a los principios de universalidad, calidad, equidad, diversidad, integración e interculturalidad, establecidos en la Ley General de Educación.

A pesar de los avances en la legislación es posible apreciar que continúan presente tanto barreras oficiales –especialmente la distinción entre matrícula definitiva y matrícula provisoria, que permite acceder, pero en condición ‘precaria’, ya que no impetra SEP, no tiene acceso a otros aportes estatales y no certifica– como otras barreras oficiosas –falsa falta de cupos, requerimiento de documentación innecesaria, negación de acceso y arbitraria asignación de curso– que impiden el pleno ejercicio del derecho a acceder y permanecer en el sistema escolar de los NNA inmigrantes.

2.2. Derecho a aprender o derecho a una educación de calidad

No es sencillo definir el alcance de esta faceta del derecho a educación; la calidad y el aprendizaje no son solo un ‘producto resultante’ del proceso

educativo, sino que son –y están determinados también por– las características propias de dicho proceso. En efecto, elementos, insumos y rasgos distintivos del proceso educativo –condiciones de suficiencia, calidad y oportunidad de los materiales educativos, calidad de los docentes, currículo centrado en los NNA, tipo de interacción profesor-alumno, entre otros– constituyen calidad educativa (UNICEF, 2000)¹².

La calidad, por cierto, está referida también al logro final del proceso educativo, el que tiene que ver con los aprendizajes explícitamente definidos en el currículo. Al respecto resulta muy relevante subrayar que un subconjunto de esos aprendizajes poseen una enorme relevancia frente al resto, estos son los ‘sectores centrales’ como matemática, lenguaje y las ciencias que concentran horas de clase, reciben textos escolares en varios cursos de la trayectoria escolar y son evaluados en el SIMCE. Lo anterior hace que estos sectores curriculares, en la práctica, opaquen la importancia (y eventualmente, el desarrollo) de ‘otros’ aprendizajes que también están explícitamente contenidos en el currículo nacional pero quedan muy depreciados en la escuela, como la formación actitudinal, en valores, la formación ciudadana y en enfoque de derechos.

Apreciar si los NNA migrantes que están en la escuela en Chile pueden acceder a una educación de calidad, habida cuenta las dificultades en la definición de calidad, no es una empresa fácil. Las aproximaciones cualitativas muestran que las familias y los propios niños tienden consistentemente a mostrar orientación al logro y valoración de la educación.

“Es preciso destacar que las familias de origen extranjero tienden a mostrar una alta valoración de la educación e inculcan en sus hijos la preocupación por el estudio, lo que hace que niños y jóvenes migrantes se muestren altamente motivados y comprometidos con sus estudios” (Hein, 2010, p. 146).

Y en una perspectiva sociológica más amplia: “Las familias pertenecientes a estratos medios y medios bajos ven en el proyecto migratorio la posibilidad de conseguir mejores oportunidades educacionales a sus hijos. Al respecto, depositan en la educación altas expectativas para lograr mejorar la condición de sus hijos en el futuro (...). Como resultado de esta alta expectativa, manifiestan no reparar en realizar sacrificios personales significativos con tal de proporcionar las mejores condiciones posibles de educación para sus hijos/as. En muchos casos, una vez que logran mejorar un poco sus condiciones económicas, tratan de cambiar a sus hijos a colegios particulares subvencionados” (Stefoni *et al.*, 2008, pp. 65 y 66).

¹² Más allá de constituir un contexto apropiado.

No obstante, y de un modo consistente, los mismos estudios muestran que esa orientación al logro no implica necesariamente que los resultados escolares estén equilibrados con ese esfuerzo. Por lo mismo, resulta necesario calibrar mejor un modo de apreciar la calidad de la educación (o el derecho a aprender) a la que acceden estos NNA.

Una aproximación posible, habida cuenta de las dificultades con la desagregación de la información, consiste en analizar el comportamiento de las escuelas en función del nivel de concentración de NNA migrantes en dos tipos de indicadores parciales que permiten dar cuenta de la calidad: los indicadores referidos a tránsito por el sistema escolar –indicadores de eficiencia interna– e indicadores de resultados de aprendizajes en pruebas estandarizadas.

Para elaborar las categorías de concentración que se utilizan en la Tabla N° 2, se trabajó con información del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación, en ella se identifican a los estudiantes extranjeros y nacionales presentes en los establecimientos, configurándose el siguiente escenario¹³:

Tabla N° 2: Categorías de concentración de estudiantes extranjeros*

Categoría de concentración de estudiantes extranjeros	Porcentaje de estudiantes extranjeros	Cantidad de establecimientos	Cantidad de establecimientos sin considerar particulares pagados
Extremadamente baja	0,25	594	572
Muy baja	0,5	787	733
Baja	1	867	781
Media	2	676	564
Alta	10	576	489
Muy alta	y mayor...	101	96
Sin dato de concentración	Sin dato	1	0
TOTAL		3.602	3.235

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación.

* El cálculo solo considera a los establecimientos que imparten alguna de las siguientes modalidades de enseñanza: Párvulos, Básica, Media HC y Media TP.

¹³ Para concentrarse en los resultados de los NNA migrantes que nos interesan aquí, los análisis que se realizan a continuación están referidos solo a los establecimientos municipales y particulares subvencionados con población migrante.

2.2.1. *La calidad como un proceso de tránsito efectivo por el sistema escolar*

Como se ha señalado, existe un conjunto amplio de características del proceso educativo que permiten caracterizarlo como de calidad (o no); típicamente la eficiencia interna del sistema educativo¹⁴ provee un conjunto de indicadores pertinentes para este fin.

Existe amplia información sobre cómo en el sistema educativo chileno los problemas educativos están asociados al nivel socioeconómico y cómo los estudiantes se tienden a concentrar fuertemente en establecimientos por nivel socioeconómico. Así, la evidencia muestra que los problemas son mayores en las escuelas que concentran a los estudiantes más pobres, quienes, típicamente, acceden a la educación municipal como se aprecia en la Tabla N° 3: el 80% de los estudiantes del nivel socioeconómico bajo y el 75% del medio bajo asisten a escuelas municipales.

Tabla N° 3: Porcentaje de estudiantes de 4° básico por nivel socioeconómico, según dependencia

Nivel socioeconómico	Tipo de dependencia		
	Municipal	Particular subvencionado	Particular pagado
Bajo	80,0	20,0	
Medio bajo	75,0	25,0	
Medio	29,4	70,6	
Medio alto	6,3	93,8	
Alto	0,0	12,5	87,5

Fuente: Elaboración propia en base a informe SIMCE 2010.

La Tabla N° 4 muestra el comportamiento, en términos de aprobación, repitencia y retiro de escuelas y liceos según dependencia, mientras que la Tabla N° 5 da cuenta del mismo comportamiento, según grado de concentración de población migrante.

¹⁴ Su capacidad para hacer transitar por él al máximo de NNA de una cohorte dada, aprobando los curso en el tiempo apropiado.

Tabla N° 4: Porcentaje de aprobación, retiro y repitencia para el sistema escolar obligatorio (educación básica y media) por dependencia*

Tipo de dependencia	Retiro	Aprobación	Repitencia
Municipal (Corporación + DAEM)	3,1	90,5	6,4
Particular subvencionado	1,4	94,0	4,6
Corporación de Administración Delegada	3,8	89,0	7,2
Particular pagado	0,9	97,6	1,4
Total sin particular pagado	2,1	92,6	5,3
Total con particular pagado	2,0	93,1	4,9

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación.

* Para esta tabla solo han sido considerados aquellos establecimientos que imparten alguna de las siguientes modalidades de enseñanza: Párvulos, Básica, Media HC y Media TP.

Tabla N° 5: Porcentaje de aprobación, retiro y repitencia para el sistema escolar obligatorio (educación básica y media), en establecimientos municipales y particular subvencionados, por concentración de estudiantes extranjeros*

Categorías de concentración de matrícula de estudiantes extranjeros	Retiro	Aprobación	Repitencia
Extremadamente baja	1,6	93,4	5,0
Muy baja	1,6	93,3	5,1
Baja	2,0	92,7	5,3
Media	2,6	91,7	5,8
Alta	3,6	90,4	6,1
Muy alta	5,6	89,6	4,8

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación.

* Para esta tabla solo han sido considerados aquellos establecimientos que imparten alguna de las siguientes modalidades de enseñanza: Párvulos, Básica, Media HC y Media TP.

Como se aprecia, la concentración de estudiantes extranjeros funciona consistentemente como una característica asociada a mayores porcentajes de retiro y repitencia y menores porcentajes de aprobación, con lo cual se puede afirmar consistentemente que las escuelas a las que asisten los NNA inmigrantes muestran más bajos desempeños en eficiencia interna. Si se controla esto por dependencia de la escuela (Tabla N° 6), la tendencia se ve claramente confirmada.

Tabla N° 6: Porcentaje de aprobación, retiro y repitencia para el sistema escolar obligatorio (ed. básica y media), según dependencia (municipal y particular subvencionado) y por concentración de estudiantes extranjeros*

Categorías de concentración de matrícula de estudiantes extranjeros	Retiro		Aprobación		Repitencia	
	Municipal	Particular subvencionado	Municipal	Particular subvencionado	Municipal	Particular subvencionado
Extremadamente baja	2,9	0,8	90,6	95,1	6,5	4,1
Muy baja	2,2	1,2	91,8	94,2	5,9	4,6
Baja	3,2	1,3	90,1	94,0	6,6	4,6
Media	3,4	1,8	89,8	93,3	6,9	4,9
Alta	4,1	2,8	89,6	91,5	6,2	5,7
Muy alta	5,9	4,5	89,6	89,2	4,5	6,4
TOTAL	3,1	1,4	90,5	94,0	6,4	4,6

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación.

* Para esta tabla solo han sido considerados aquellos establecimientos que imparten alguna de las siguientes modalidades de enseñanza: Párvulos, Básica, Media HC y Media TP.

En definitiva, los NNA inmigrantes en el sistema escolar chileno asisten a escuelas que sistemáticamente ofrecen menos oportunidades para un progreso escolar adecuado, debilitando la posibilidad de acceder a una experiencia educativa de calidad.

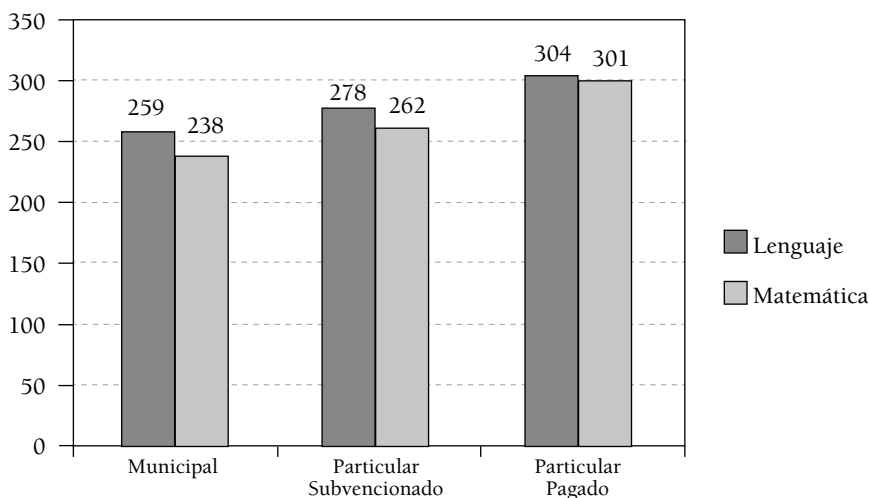
2.2.2. *La calidad como indicadores de resultados de aprendizajes en pruebas estandarizadas*

El Sistema de Medición de la Calidad de la Educación, conocido como SIMCE, constituye el principal instrumento de política educativa destinado a apreciar los resultados del sistema educativo, posee una larga trayectoria y si bien existe polémica respecto de su valoración social, es un instrumento prácticamente naturalizado en la educación chilena. Las pruebas estandarizadas se han aplicado tradicionalmente de manera censal en 4to, 8vo básico y 2do medio, en las áreas de lenguaje,

matemática y las ciencias; adicionalmente, en los últimos años, se ha agregado una prueba muestral de educación física en 8vo básico y una prueba censal de inglés en 3ro medio.

Ya no constituye una novedad que los resultados del SIMCE –en este caso referidos a 4to básico, 2010– se distribuyen asociados a la dependencia administrativa de la escuela que, como ya se demostró, es un reflejo del nivel socioeconómico de los estudiantes que asisten a ella. En el Gráfico N° 1 se muestran los resultados SIMCE 4tos básicos 2010 por dependencia.

Gráfico N° 1: Resultados SIMCE 4tos básicos 2010, por dependencia



Fuente: Informe SIMCE 2010.

Al cruzar los resultados del SIMCE con las categorías de concentración de estudiantes inmigrantes (Tabla N° 7) se observa un comportamiento muy similar al de las escuelas municipales en general, donde el desempeño de las escuelas de alta concentración no presenta diferencias significativas con las municipales.

Tabla Nº 7: Resultados SIMCE lenguaje y matemática 4tos básicos 2010, por concentración de estudiantes extranjeros (solo dependencia municipal y particular subvencionado)

Categorías de concentración de matrícula de estudiantes extranjeros	Lenguaje	Matemática
Extremadamente baja	276	259
Muy baja	272	254
Baja	271	253
Media	267	249
Alta	262	243
Muy alta	258	238

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Información General de Estudiantes 2010, Base de datos Matrícula 2010 del Ministerio de Educación, Base de datos Directorio Oficial de Establecimientos 2010 del Ministerio de Educación y Base de datos Rendimiento 2010 del Ministerio de Educación e informe SIMCE 2010.

Estos datos nos están mostrando que los NNA inmigrantes asisten a escuelas cuyos desempeños SIMCE parecen estar explicados principalmente por la condición socioeconómica, y que son signadas también por un mayor retiro y repitencia. Es posible conjeturar que son escuelas más expulsoras, menos acogedoras, donde las posibilidades de consolidar una trayectoria escolar habilitante –esto es, una trayectoria escolar que asegure la conformación de los aprendizajes básicos que permitan continuar estudiando, desarrollarse como ciudadano, contribuir al desarrollo productivo de la sociedad y ejercer proyectos personales en un espíritu de comprensión y respeto a los derechos humanos– quedan severamente restringidas para los NNA inmigrantes.

Esta situación se agudiza cuando, como en el caso chileno, el propio currículo escolar se muestra poco sensible a la preparación para la integración, para una comprensión más compleja de la relación con los migrantes y para la conformación de una visión no prejuiciosa con las naciones de origen.

2.3. Derecho, respeto y buen trato

La situación de los NNA inmigrantes respecto de esta faceta del derecho a la educación es paradójica, ya que, de una parte existe suficiente información que muestra que los NNA del sistema educacional chileno no se muestran discriminatorios con los inmigrantes, ni declaran poseer una visión especialmente crítica sobre sus países de origen; de otra, los estudios de caso más detallados muestran formas recurrentes de discriminación hacia NNA inmigrantes, no obstante los registros de denuncia no lo reflejan.

Chile fue uno de los 38 países que participó en 2009 en el Estudio Internacional sobre Educación Cívica y Formación Ciudadana (ICCS 2009) de la IEA, orientado a conocer las maneras en que los adolescentes

de 8° básico están preparados para asumir su rol de ciudadanos en el siglo XXI (EIA, 2010). Consultados sobre sus actitudes en favor de la igualdad de derechos para inmigrantes¹⁵, los estudiantes chilenos obtuvieron un puntaje significativamente mayor al promedio internacional (54 puntos, algo más de media desviación estándar).

De manera más específica, UNICEF (2011), al consultar a estudiantes de 7° básico y 4° medio, observa que un 20,3% de los niños/as encuestados cree que hay nacionalidades inferiores a la chilena, lo que evidencia una baja en relación a la medición realizada el 2004 (27,6%); en tanto, el 79,7% no cree que hay nacionalidades inferiores a la chilena (2004: 72,4%). Otras preguntas del estudio (Tablas N^{os}. 8 y 9) confirman esa tendencia.

Tabla N° 8: Grado de acuerdo con la afirmación: “Los chilenos, peruanos y bolivianos somos igual de capaces”

Grado de acuerdo	Frecuencia	Porcentaje
Muy en desacuerdo	153	9,5
En desacuerdo	188	11,6
Acuerdo	488	30,2
Muy de acuerdo	747	46,3
Total	1.576	97,6
Missing	38	2,4

Fuente: UNICEF 2011.

Tabla N° 9: Grado de acuerdo con la afirmación: “Los bolivianos son un pueblo de inferior cultura”

Grado de acuerdo	Frecuencia	Porcentaje
Muy en desacuerdo	594	36,8
En desacuerdo	585	36,2
Acuerdo	234	14,5
Muy de acuerdo	156	9,7
Total	1.569	97,2
Missing	45	2,8

Fuente: UNICEF 2011.

¹⁵ Las preguntas para ponderar esta variable fueron: ¿Los inmigrantes deberían tener la oportunidad de seguir hablando su idioma?; los hijos y las hijas de inmigrantes, ¿deberían tener las mismas oportunidades de educación que los otros niños y niñas del país?; los inmigrantes que han vivido en un país por varios años, ¿deberían poder votar en las elecciones?; ¿los inmigrantes deberían tener la oportunidad de continuar con sus costumbres y estilo de vida? y ¿los inmigrantes deberían tener los mismos derechos que el resto de los habitantes del país?

Estos datos generales son contradictorios con lo reportado por algunos estudios de caso. Stefoni *et al.* (2008), por ejemplo, afirma que “en los sectores más pobres la nacionalidad opera como una categoría de estigmatización que profundiza la discriminación de estos grupos, estableciendo una diferencia al interior de una población que ya es socialmente excluida. Es decir, la construcción de la nacionalidad permite discriminar aún más dentro de un grupo ya discriminado en la sociedad chilena” (p.18). Según este mismo estudio, los estudiantes inmigrantes dicen haber sido víctimas de malos tratos tanto de sus compañeros, como también de profesores.

Un reciente estudio de Fundación Paz Ciudadana y Universidad del Desarrollo (2011) ha evidenciado actitudes prejuiciosas de niños, niñas y adolescentes chilenos hacia los inmigrantes de Perú y Bolivia. Entre sus principales resultados se destaca:

- Los escolares chilenos de colegios sin contacto con extranjeros reportaron haber sido más víctimas de violencia escolar (promedio: 1,97) en comparación a sus pares de colegios que tienen contacto con estudiantes extranjeros (promedio: 1,71).
- Los estudiantes peruanos han sido más víctimas de violencia escolar (promedio: 1,98) en comparación con los escolares chilenos de colegios con alumnado extranjero (promedio: 1,71).
- Los escolares chilenos sin contacto con extranjeros fueron los que más refirieron haber ejercido el rol de victimario en el colegio (promedio: 1,86) en comparación a los escolares chilenos que tiene contacto con estudiantes extranjeros (promedio: 1,58), así como los estudiantes peruanos (1,46).
- Los escolares peruanos se perciben recibiendo mucha violencia escolar (promedio H: 2,32 y promedio M: 1,75), pero también se ven más a sí mismos como victimarios (promedio H: 1,67 y promedio M: 1,35) en relación a las adolescentes peruanas.
- En la muestra de escolares chilenos con contacto, aquellos de mayor edad reportaron ser más víctimas de violencia escolar (promedio: 1,79), pero también ser más victimarios de violencia escolar (promedio: 1,66) en comparación a sus pares de menor edad (promedio: 1,48 y 1,37, respectivamente).
- En escuelas con y sin contacto existen grupos de estudiantes que reportan ser víctimas de altos niveles de violencia, siendo el grupo objetivo el que cambia y que se focaliza en la minoría cultural cuando está presente. La experiencia de víctima en estudiantes peruanos es mayor (promedio: 7,2) en comparación con estudiantes chilenos con contacto (promedio: 1,9) y estudiantes chilenos sin contacto (promedio: 6,1).

- La experiencia de victimario es bastante mayor en chilenos sin contacto (promedio 5,3), comparados tanto con peruanos (promedio: 1,2) como con chilenos con contacto (promedio: 0,9).

Este complejo escenario de experiencias de discriminación, sin embargo, no aparece documentado en los sistemas que capturan denuncias en el ámbito escolar, muy probablemente por el desconocimiento y temor de la población migrante frente a estos sistemas oficiales. La Tabla N° 10 muestra el número de denuncias recibidas y registradas por la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación “Ayuda MINEDUC” entre los meses de enero y noviembre del 2011, respecto a la categoría “Discriminación” y subcategoría “Discriminación por ser inmigrante o de distinto origen racial”. El total de dimensiones que componen la categoría “Discriminación” son ocho¹⁶; todas las nomenclaturas utilizadas han sido otorgadas por el propio Ministerio de Educación.

Tabla N° 10: Comportamiento de las denuncias por “Discriminación por ser inmigrante o de distinto origen racial”, según dependencia administrativa

Dependencia Administrativa	Cantidad de denuncias por Categoría “Discriminación”	Porcentaje de denuncias por “Discriminación” por dependencia administrativa en relación al total de denuncias por “Discriminación”	Cantidad de denuncias por subcategoría “Discriminación por ser inmigrante o de distinto origen racial”	Porcentaje de denuncias por “Discriminación por ser inmigrante o distinto origen racial” por dependencia administrativa, en relación al total de denuncias por “Discriminación por ser inmigrante o distinto origen racial”
Establecimientos municipales (DAEM o Corporación Municipal)	221	26,09	7	25,93
Establecimientos particulares subvencionados	510	60,21	10	37,04
Establecimientos particulares no subvencionados	45	5,31	2	7,41
No específica	71	8,38	8	29,63
TOTAL	847	100,00	27	100,00

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos otorgados por la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación “Ayuda MINEDUC”; los datos corresponden a los meses de enero a noviembre de 2011.

¹⁶ Estas son por: 1) embarazo y maternidad, 2) déficit atencional, 3) características físicas y apariencia personal, 4) discapacidad física y/o intelectual, 5) opción religiosa, 6) orientación sexual, 7) problemas de salud - VIH, epilepsia, etc., y 8) ser inmigrante o de distinto origen racial.

Este conjunto de datos aparentemente contradictorios parece estar refiriendo una situación donde los NNA chilenos están progresivamente valorando como adecuada la no discriminación, sin embargo, esta valoración general queda tensionada cuando la experiencia escolar cotidiana implica convivir con estudiantes inmigrantes. Es decir, la valoración de la no discriminación es declarativamente fuerte pero no es una práctica en los escenarios de convivencia concretos. Muy probablemente los propios contextos de sus escuelas –fuertemente presionados por los resultados y sin una suficiencia de recursos y herramientas para lograrlo– no colaboren a revertir esta situación.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La realidad actual de los NNA inmigrantes en el sistema escolar chileno presenta elementos contradictorios. De una parte, existe un mecanismo facilitador de acceso (matrícula provisoria), una valoración social de la no discriminación y unos resultados escolares que se explican por la condición socioeconómica, más que por la condición de inmigrante. Y, de otra, los mismos mecanismos facilitadores del acceso tienen una precariedad que restringe –parcialmente– la obtención de apoyos y beneficios que la política educacional chilena contempla para los estudiantes más pobres y el sistema educativo no facilita la certificación adecuada del progreso a lo largo de la escolaridad; las escuelas a las que acceden los niños y niñas inmigrantes se muestran más permeables al retiro y la repitencia y; asimismo, la experiencia cotidiana de los/as estudiantes inmigrantes está marcada por episodios de discriminación.

En este sentido, es posible afirmar que la solución de acceso implementada en Chile es una “solución de emergencia”, pues permite iniciar un proceso pero no asume suficientemente la necesidad de otorgar una respuesta de largo aliento para NNA inmigrantes, que muy probablemente han de desarrollar su escolaridad por muchos años en el país.

Resulta especialmente preocupante que los NNA inmigrantes comparten, como muchos otros estudiantes chilenos, una condición fuerte de vulnerabilidad pero no comparten con ellos el acceso (oportuno y expedito) al conjunto de apoyos para sí y para sus escuelas, que implica esa condición. De este modo, se configura una condición de doble vulnerabilidad lo que obstaculiza el pleno ejercicio del derecho a la educación.

Las escuelas, por su parte, no parecen contar ni con un marco curricular ni con recursos ni herramientas pertinentes para hacer de la experiencia escolar una experiencia de calidad para todos, incluyendo a los NNA inmigrantes.

Frente a este escenario, y en la perspectiva de garantizar mejor el derecho a la educación de los NNA inmigrantes, resulta necesario:

- Que el Ministerio de Educación provea una orientación muy precisa que permita sin contradicciones facilitar el acceso a todos los recursos (becas, programa de salud escolar, subvención escolar preferencial, subvención pro retención de Chile Solidario) a los NNA inmigrantes en los mismos términos que el resto de los estudiantes y en consistencia con la concepción de ellos como estudiantes regulares, que está a la base de la normativa de matrícula provisoria.
- Que el Ministerio de Educación establezca un mecanismo de validación o consignación provisoria de calificaciones finales de los estudiantes inmigrantes con matrícula provisoria para que puedan ser promovidos de curso y certificar sus progresos académicos.
- Orientar a los sostenedores municipales y particulares para eliminar cualquier interpretación arbitraria de la normativa vigente.
- Avanzar en acuerdos binacionales que faciliten –vía integración electrónica y formas de validación administrativas no presenciales– el acceso a los certificados de estudios previos. Otorgar plena gratuidad a esos trámites es una condición necesaria del proceso.
- Dotar a las escuelas que concentran mayor cantidad de estudiantes inmigrantes de apoyos específicos que les permitan mejorar su capacidad para proveer una experiencia escolar inclusiva y sin discriminación.
- En esta misma perspectiva, se requiere identificar, sistematizar y diseminar buenas prácticas educativas desarrolladas con NNA migrantes. Es muy recomendable otorgar alguna forma de reconocimiento o certificación a los establecimientos que implementen estas buenas prácticas.
- Resulta extremadamente oportuno desarrollar masivamente –no solo para las escuelas que concentran NNA inmigrantes– un plan público de sensibilización destinado a los estudiantes, familias y comunidad y formación docente para la no discriminación y la inclusión ya que la diversidad es una característica propia de la sociedad chilena actual.
- Incluir dentro de los indicadores referenciales de proceso que contempla el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación escolar (Ley N° 20.529) indicadores referidos a la atención, inclusión y no discriminación de NNA inmigrantes.
- Mejorar la calidad de la información estadística escolar (matrícula, rendimiento, entre otras) con la expresa inclusión de la categoría de

estudiante extranjero y país de origen, ya que contar con datos específicos de esta población permite desarrollar mejores análisis sobre NNA inmigrantes, condición necesaria para el adecuado diseño de políticas públicas apropiadas.

- Facilitar el acceso a datos que pueden proveer otros instrumentos que identifican a personas y familias inmigrantes, por comuna. Por ejemplo, Ficha de Protección Social.
- Fortalecer los protocolos que faciliten el acceso a beneficios destinados a las familias más vulnerables, dotándolos de mayor pertinencia para incluir mejor a las familias inmigrantes.

BIBLIOGRAFÍA

- CONTRERAS, D. (2010). Derecho a la educación, inclusión y selección escolar. En Bellei, C.; Contreras, D. & Valenzuela, J.P. (Eds.). *Ecós de la revolución pingüina: Avances, debates y silencios en la reforma educacional*. Santiago, Chile: Universidad de Chile y UNICEF.
- DELORS, J. (1996). *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI*. Madrid, España: Santillana/UNESCO.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA Y UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (2011). *Convivencia escolar en un escenario cultural: relación entre escolares chilenos y peruanos en colegios de Santiago Centro*. Santiago, Chile: Centro de Investigación y Mejoramiento de la Educación (CIME) y Fundación Paz Ciudadana. Recuperado de http://prevencionviolenciaescolar.files.wordpress.com/2009/03/convivencia-escolar-en-un-escenario-cultural_j-varela.pdf
- HAMMARBERG, T. (1998). *A School for children with rights*. Florencia, Italia: UNICEF International Child Development Center.
- HEIN, K. (2010). Como uno era de otro país, como que tenían un poquito de bronquita. En Sirlopú, D. & Salgado, H. (Ed.). *Infancia y adolescencia en riesgo: desafíos y aportes de la psicología en Chile*. Santiago, Chile: Universidad del Desarrollo.
- IEA. (2010). *Estudio Internacional sobre Educación Cívica y Formación Ciudadana ICCS 2009*. Recuperado de http://www.simce.cl/fileadmin/Documentos_y_archivos_SIMCE/civica/2009/Primer_informe_nacional_de_resultados_ICCS_2009.pdf
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN (2011). *Convenio Andrés Bello: Tabla de equivalencias*. Recuperado de http://www.ayudameduc.cl/resguardo/resg_disc/disc_inmi/inmi_conv.php
- RED CHILENA DE MIGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD, REDMI (2011). *Informe Alternativo Chile. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Santiago, Chile: RedMI.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas...

- STEFONI, C.; ACOSTA, E.; GAYMER, M. & CASAS-CORDERO, F. (2008). *Niños y niñas inmigrantes en Santiago de Chile: entre la integración y la exclusión*. Santiago, Chile: OIM y Universidad Alberto Hurtado.
- UNESCO (2008). *Los aprendizajes de los estudiantes de América Latina y el Caribe. Primer reporte de los resultados del Segundo Estudio Regional Comparativo y Explicativo*. Santiago, Chile: UNESCO.
- UNICEF (2000). *Defining quality in education*. Florencia, Italia: UNICEF.
- UNICEF, UNESCO (2008). *Un enfoque de la Educación para Todos basado en los Derechos Humanos*. NY-París: UNICEF-UNESCO.

8 ROSARIO FERNÁNDEZ

Una mirada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile.

■ Avances y desafíos pendientes

INTRODUCCIÓN

La inmigración en Chile en los últimos treinta años ha aumentado significativamente, caracterizándose por ser mayoritariamente de origen latinoamericano y de adultos en búsqueda de una mejor calidad de vida en relación a las dificultades y desafíos que deben enfrentar en los contextos económicos y políticos de sus países de origen. Sin embargo, es posible identificar un relativo aumento de la inmigración de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) producto de la ansiada reunificación o de proyectos migratorios de carácter familiar, especialmente de algunas nacionalidades como la peruana (Pavez, 2010; Martínez, 2003).

El principal problema que enfrentan estos nuevos actores dice relación con las dificultades para su adecuada integración a diversas áreas como la educación y la salud en la sociedad chilena, las que se producen por múltiples motivos que enumeraremos a continuación. En primer lugar, no existen estadísticas precisas y actualizadas respecto a la situación migratoria de niños y niñas, tampoco sobre sus principales características. Esto genera que haya un escaso conocimiento sobre los focos que requieren mayor atención, como podría ser la inserción educacional, el acceso a servicios sociales y su integración cultural.

En segundo lugar, podemos constatar una falta de políticas integrales de protección de la niñez. En la actualidad, los programas estatales orientados a NNA inmigrantes que existen –específicamente en el ámbito de la educación y la salud– enfrentan dificultades en su implementación por falta de conocimiento y herramientas por parte de funcionarios públicos y del mundo escolar. A esto se le agrega la demora en los trámites para la obtención de una visa y, por tanto, de un R.U.T. o R.U.N. (Rol Único Nacional). Los problemas de estos programas, en parte, se deben a que no se encuentran coordinados por una política integral que permita otorgarles

un tratamiento eficiente. En tercer lugar, observamos un alto nivel de discriminación de clase y racial, especialmente hacia inmigrantes de países como Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia.

Los elementos mencionados no solo desafían la integración de niños, niñas y adolescentes inmigrantes, sino que también ponen en peligro el acceso y ejercicio de sus derechos como niños, como ciudadanos y como sujetos de derecho. En el presente artículo analizaremos cuáles son estas dificultades y los desafíos pendientes para lograr el objetivo de que todo NNA efectivamente pueda ejercer sus derechos, independientemente de su nacionalidad, color, etnia, género y clase social. Como tesis, planteamos que ellos deben enfrentar una doble invisibilización, en primer lugar por el hecho de ser niños/as y, en segundo lugar, por ser inmigrantes, lo cual obstaculiza aún más el ejercicio de sus derechos.

En la primera parte, indagaremos en las diversas dificultades para comprender a los jóvenes migrantes como actores sociales. Luego, en la segunda sección, contextualizaremos la situación migratoria actual y sus principales características con el fin de comprender el escenario en el cual se insertan los NNA inmigrantes. En tercer lugar, analizaremos las particularidades de la infancia y adolescencia en el contexto migratorio chileno. Por último, esbozaremos algunas propuestas para la promoción y defensa de los derechos de los NNA inmigrantes en Chile.

LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: OBSTÁCULOS PARA LA CONCEPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO ACTORES SOCIALES

La primera invisibilización que NNA deben enfrentar es por su condición de “menores de edad”. En los estudios sociales en general, y sobre las migraciones en particular, han existido resistencias al momento de considerar a los niños/as y adolescentes, y sus testimonios, como válidos y confiables para ser usados en la comprensión de diversos fenómenos sociales (Rausky, 2010). Dichas resistencias poseen variadas explicaciones, siendo una de las principales la concepción de la niñez y la adolescencia como etapas del crecimiento, en las cuales tanto adolescentes como niños no son sujetos completos sino “en proceso de”. Ahora bien, como veremos a continuación, esta no ha sido la única forma de concebir a la niñez, por lo que las diversas versiones responden a construcciones sociohistóricas que remiten a una época determinada.

Hasta el siglo dieciocho, los niños/as eran considerados pequeños adultos (Ariès, 1962), por tanto con las mismas responsabilidades y deberes que estos últimos. Fueron los filósofos Rousseau y Locke quienes comenzaron

a criticar esta perspectiva señalando que los NNA debían ser protegidos frente a las precarias condiciones laborales que vivían, planteando la necesidad de la existencia de ciertos derechos relacionados con el cuidado y la educación (Jans, 2004). Sin embargo, recién en el siglo diecinueve se destaca la necesidad de que sea el Estado el ente encargado de la protección de los niños de forma directa, con el objeto de resguardar dichos derechos. Recién a principios del siglo veinte la educación obtuvo obligatoriedad, situación que no solo estaba en función de que los NNA aprendieran a leer y escribir, sino para que también asimilaran los valores de la nación, como el patriotismo, preparándolos para su futuro estatus como ciudadanos (Jans, 2004). De esta forma, se construyó la noción de la niñez como un período de preparación para la vida adulta y como futuros actores de la política en el contexto de los Estado-Nación.

Así, durante el siglo veinte la concepción sobre los niños adquirió un cambio radical, especialmente en relación a su rol e importancia al interior de las familias. Al pasar de ser concebidos como un aporte económico a ser tratados como sujetos de cuidado, los vínculos familiares cambiaron, valorándose a los niños por razones de carácter emocional (Raes, 1996 en Jans, 2004). A su vez, las relaciones al interior del hogar se volvieron más horizontales en términos de autoridad, pasando de una “casa de comando” a una “casa de negociación” (de Swaan, 1982 en Jans, 2004; Du Bois-Raymond, 2001). Esto no significa que un modelo haya sustituido al otro, más bien muchas veces tendieron a convivir ambas lógicas.

Por otro lado, diversas teorías sociales también tuvieron como objeto de análisis a la infancia. Modelos psicológicos como los de Piaget, teorías de la evolución como la de Darwin y teorías funcionalistas como la de Parsons, posicionan a los niños y jóvenes en una etapa anterior, aún no adultos (sujeto privilegiado del análisis social). Desde la sociología, James, Jenks y Prout (1998) critican estas perspectivas, que se han posicionado tanto en la psicología como en la política y la filosofía, en las cuales se comprende a los niños/as como individuos aún incompletos, en proceso y, por tanto, más cercanos a la naturaleza que a la cultura.

Incluso, dentro de las teorías sociológicas –como aquellas enfocadas en la socialización– tienden a ver a los niños como sujetos en estado de transición de lo natural a lo cultural y, por tanto, sin ciertas capacidades como la negociación, gestión y contribución al mundo que los rodea. De esta forma, desde la academia –en especial la psicología, antropología y sociología– se construyó un discurso respecto de los NNA como sujetos de cuidado y, por tanto, como *proyectos* en proceso de formación. Esto generó que los mismos fueran vistos como agentes pasivos en vez de creadores

de su realidad y cultura, puesto que se encontraban en un período donde estaban adquiriendo normas sociales y conocimientos necesarios para convertirse posteriormente en adultos.

Sin embargo, a partir de los años ochenta comienza a formarse una escuela denominada los Estudios Sociales de la Infancia (James y Prout, 1990), la cual fue reformulada en los años noventa, denominándose los Nuevos Estudios Sociales de la Infancia (James *et al.*, 1998). La premisa central de esta nueva área de investigación es que los niños/as no son simples sujetos pasivos que aceptan aquello que se les enseña, sino que son en sí mismos actores que contribuyen a construir el mundo y los valores compartidos por una determinada comunidad, los cuales nunca están completamente estabilizados, sino que en constante elaboración. Las relaciones familiares, las formas de consumo y la escuela son algunos de los ámbitos donde los niños/as contribuyen directamente a través de sus prácticas y significados.

La crítica que esta nueva área de exploración plantea es que los estudios sobre la sociedad suelen enfocarse en los relatos y en las acciones de los adultos, lo cual ha generado una mirada miope respecto a la comprensión de las culturas. Además, quienes adhieren a este enfoque piensan que los estudios sobre infancia deben considerar a los NNA como sujetos en sí mismos y no en función del estudio de otros fenómenos como la familia, la socialización, etc. (Gaitán, 2006).

Corsaro (2005) señala que las teorías que subestiman las acciones de los niños y sus efectos sociales y culturales no logran comprender el poder de los NNA, frente a lo cual el autor propone el concepto de *reproducción interpretativa* para analizar cómo los niños no solo internalizan sino que también transforman lo social. Este concepto nos permite comprender el rol activo y agencial que poseen los niños/as no solo en la reproducción del orden social, sino que también en su capacidad creativa e innovadora para cambiarlo, cuestionando de esta manera las teorías evolutivas respecto de su supuesto rol pasivo.

Dentro de los estudios de la infancia es posible identificar tres enfoques (Rausky, 2010), los cuales nos ayudan a comprender las formas en que es posible analizar cómo los NNA inmigrantes gestionan (o no) sus derechos en Chile. Un primer enfoque es denominado *construccionista* (donde se inscribe la propuesta de Corsaro, 2005), el cual consiste en el análisis respecto al cómo se construye la niñez como fenómeno social en el presente, observando cómo los niños generan y transforman la cultura. James y Prout (1990) adhieren a esta postura señalando que la niñez es una fabricación social y que los niños son agentes que moldean el mundo a través

de la interpretación que ellos hacen de la cultura, es decir, a través de una apropiación creativa de esta.

Un segundo enfoque se denomina *estructural*, el cual no solo pone énfasis en la capacidad de acción de los NNA, sino que también en las fuerzas sociales, políticas y económicas que crean su situación específica. En este sentido, el enfoque estructural nos permite comprender cómo influye el proceso de la migración en la vida de los niños/as y genera ciertas condiciones de posibilidad para que ellos puedan ejercer sus derechos.

A nuestro parecer, se debe agregar una tercera perspectiva: los derechos humanos (Gaitán *et al.*, 2008). El discurso sobre los derechos del niño posee un amplio apoyo mundial, especialmente desde 1989 cuando la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), la cual fue ratificada por Chile en el año 1990. Previamente a esta Convención, en 1924, se realizó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño que fue aprobada por la ONU en 1959 y cuyo foco eran las necesidades sociales y económicas de los niños y niñas (Gaitán *et al.*, 2008). A los actos anteriores a la CDN (1989), aunque si bien estaban orientados a la protección de los derechos de los/as niños/as, se les ha criticado que poseían una mirada adulto-céntrica respecto a estos, en la medida en que destacaban que eran los adultos los encargados de decidir cuál es el mejor interés para los niños, limitando su participación y voz en diversas materias (Gaitán *et al.*, 2008; Agathonos, 1993; Liebel, 2003). Así, es con la entrada en vigencia de la CDN cuando se propone y refuerza la importancia de la participación de NNA en diversos campos.

A pesar de los avances en materia de derechos del niño, en la actualidad siguen reproduciéndose posturas que no comprenden a NNA como sujetos activos de la vida política de la sociedad. *“Las teorías acerca de lo que necesitan los niños, acerca de cómo se desarrollan y qué aportes por parte de los adultos son convenientes, son en realidad teorías o cuentos (en lugar de hechos) y prácticas que se derivan exclusivamente desde la perspectiva de los adultos, que provienen de los estudios de adultos sobre los niños, contextualizados y estructurados por las metas sociales y económicas de los adultos en sociedades específicas”* (Mayall, 2000; p. 244, traducción de la autora).

Mayall (2000) postula que la infancia es en sí un problema político en la medida en que las decisiones en el ámbito de las políticas públicas están guiadas por la percepción y los imaginarios morales sobre la niñez. En la mayoría de los casos, la toma de decisiones en el ámbito político excluye la participación de los niños bajo el discurso de que estos son

sujetos en desarrollo y que no tienen las mismas facultades que los adultos para decidir políticamente sobre la construcción de su infancia aunque, como hemos señalado, en la vida cotidiana posean injerencia directa. Apoyándose en este discurso, se distancia a los niños de la arena política como si estos no tuviesen relación entre ellos (Gaitán *et al.*, 2008; Mayall, 2000).

“Una de las consecuencias de la concepción común de la infancia como etapa de preparación es que se torna invisible para el análisis, igual que lo es para la vida política, operar en el mercado o para intervenir en las cosas públicas en general” (Gaitán *et al.*, 2008, p. 52).

Sin embargo, como señalan diversos autores (Gaitán *et al.*, 2008) los niños/as actúan de todas formas y van modificando su vida familiar, la escuela, el barrio, la nociones de infancia y la vida pública. Se genera un proceso circular donde los niños reciben y aprenden códigos culturales de la sociedad en que se insertan, pero a la vez ellos reapropian, modifican y transforman su realidad. En este sentido, no son sujetos pasivos, sino más bien agentes activos en la vida social. Entonces, cabe la pregunta ¿qué transformaciones generan los niños inmigrantes en la sociedad chilena, en sus barrios, en sus escuelas o en sus propias familias? La migración puede introducir nuevas limitaciones o posibilidades para los NNA en su rol de agentes sociales.

LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN EL PROCESO MIGRATORIO

Una segunda invisibilización que se genera con los NNA inmigrantes dice relación con su condición de migrantes, es decir, cuando se investiga y gestiona la migración y los procesos migratorios suele no tomarse en consideración las opiniones y experiencias de los NNA. Sin embargo, nuestra postura es que indudablemente el proceso migratorio es un recorrido con múltiples efectos, posibilidades y obstáculos que se reflejan en las prácticas de los jóvenes y, efectivamente, transforma la infancia y la adolescencia como vivencia y como conceptos. Al cambiar el contexto, se genera una multiplicidad de escenarios transnacionales donde los niños innovan las concepciones de sí mismos y las relaciones que establecen con sus familias, pares, entes educativos, vecinos, etc. Así, procesos macrosociales de la globalización y la migración suceden simultáneamente con cambios en la vida cotidiana de los NNA.

Los estudios sobre la migración estuvieron principalmente, hasta la década de los setenta, enfocados a la migración masculina. Luego, en la década de los ochenta las académicas feministas lograron posicionar a las mujeres en el centro de la discusión. Sin embargo, recién en la última década se ha

puesto el foco en la migración infantil y en los niños/as como actores de este proceso (Thorne *et al.*, 2001; Petit, 2003; Cerrutti y Maguid, 2010). Entonces, es en los últimos años donde se han realizado una serie de estudios internacionales sobre la infancia y la adolescencia en procesos migratorios, los cuales se han enfocado en la inserción escolar, en las oportunidades laborales, en el idioma como obstáculo para la integración, en las estrategias de movilidad, en la discriminación racial y étnica, en la segregación habitacional y en los derechos de los jóvenes (Pavez, 2010).

Situar el énfasis en la infancia es comprender las perspectivas y acciones de los propios niños y niñas en la experiencia migratoria, en sus familias o en la decisión de quedarse o irse (James y Prout 1990; Thorne *et al.*, 2001).

Un primer desafío es comprender cuáles son los cambios que se producen en el proceso migratorio y cómo los NNA los pueden enfrentar. Por un lado, pueden traer beneficios y oportunidades para los NNA en términos económicos, educativos y culturales, ya sea porque ellos mismos migran accediendo a una mejor calidad de vida en el país de destino o porque reciben remesas de familiares que deciden migrar, mejorando su situación en el país de origen (Liwski, 2008). Sin embargo, dichas consecuencias positivas se pueden ver obstaculizadas en la práctica por falta de una normativa legal que los proteja o por experiencias de discriminación.

Por otro lado, el proceso migratorio puede implicar la pérdida de lazos afectivos con los padres (cuando estos migran) y luego, cuando los NNA migran, con la familia extendida que en algún momento ocupó el rol de cuidado (Liwski, 2008; Petit, 2003). Esta situación puede generar sentimientos de abandono y vulnerabilidad en un nuevo medio que muchas veces es de carácter hostil y desconocido para la familia, y los niños/as en particular.

Además, dependiendo del capital social de las familias se dificultará o no su adaptación, integración y acomodación en el lugar de llegada. Por ejemplo, la falta de conocimiento y redes de ayuda para acceder a colegios, consultorios, etc., problematiza este proceso (Petit, 2003). En este sentido, y en coincidencia con diversos estudios sobre la migración, la familia es el principal capital social con el que cuentan los inmigrantes (Gaitán *et al.*, 2008; Cerrutti y Maguid, 2010).

Otra consecuencia señalada por Petit (2003) es la aceleración de la adultez, la cual implica que muchos niños acaban integrándose tempranamente al mercado laboral y asumiendo tareas de cuidado de hermanos menores u otros familiares, dificultándose el término de los ciclos educativos correspondientes.

“...la importancia de la migración juvenil radica más bien en algunos atributos de los migrantes. Los resultados muestran que la vulnerabilidad de los migrantes predomina en la migración que se establece entre países limítrofes, traducida en condiciones desventajosas en el plano de logros educativos e inserción laboral, y en un rápido tránsito hacia la vida adulta. Las condiciones de relativa satisfacción de logros y potencial capacidad de comienzo y ejercicio de opciones entre algunos migrantes se dan, especialmente, en jóvenes cuyo desplazamiento involucra una movilidad que excede al contexto de vecindad geográfica” (Martínez, 2000, p. 7).

Estos obstáculos que pueden experimentar los NNA migrantes se manifiestan de forma diferenciada según el tipo de migración infantil. Basándonos en la distinción planteada por Liwski (2008), existen tres tipos de casos de migración infantil y adolescente, según el escenario que corresponda: 1) jóvenes que migran con sus padres o familia; 2) aquellos que se quedan en el país de origen mientras sus padres o familia migran a otro; 3) aquellos que migran solos sin la tutela de los padres u otro familiar responsable de ellos. Cada una de estas formas migratorias genera condiciones específicas de integración a la sociedad de llegada. En Chile no poseemos estadísticas específicas que nos permitan comprender qué tipo de migración infantil y adolescente existe para, de este modo, generar programas, políticas y sistemas de protección, cuidado y fomento de ejercicio de derechos básicos para cada grupo según su realidad particular.

Además, cada experiencia migratoria tensiona ciertas problemáticas como la reunificación familiar, sistemas de remesas, integración en la sociedad de llegada, etc., de forma distinta, por lo que conocer los relatos y vivencias de los niños y niñas es fundamental, con el fin de generar programas estatales específicos en dichos temas que consideren la variedad de situaciones que los NNA enfrentan.

En relación a la migración infantil en condición migratoria irregular existe escasa información y datos precisos sobre la cantidad y sus características, lo cual presenta aún mayores obstáculos y peligros en términos de la protección de los derechos básicos y sociales de esta población como, por ejemplo, el derecho a una nacionalidad e identificación (Liwski, 2008).

Dado el alto grado de feminización de la migración hacia Chile (Martínez, 2003), cabe destacar el fenómeno de las cadenas de cuidado (Hochschild, 2001) que afectan a NNA. Estas se refieren a una serie de vínculos basados en la labor (remunerada o no) de cuidado a personas como menores y ancianos. En el caso chileno, mujeres peruanas migran a Chile para trabajar

como empleadas domésticas y deben buscar a otra persona, en la mayoría de los casos a mujeres familiares, para que se ocupen del cuidado de los hijos que quedaron en Perú. La principal razón para la migración de estas mujeres es el envío de remesas económicas a sus familiares, sin embargo, siguen fuertemente ligadas a su rol materno generando lazos transnacionales. Estas cadenas de cuidado se prolongan en el tiempo, muchas veces, por la falta de políticas estatales de reunificación familiar (Acosta *et al.*, 2007). Ahora bien, pese a que se tiene conocimiento sobre esta realidad, no existen datos o información específica respecto a las cadenas de cuidado que se generan entre Chile y otros países.

PANORAMA GENERAL DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA INMIGRACIÓN EN CHILE

Hasta el momento hemos analizado cómo se genera una doble invisibilización de los actores en cuestión: por ser NNA y por ser migrantes. Ahora, con el objetivo de analizar la situación de la migración infantil y adolescente en Chile, primero describiremos algunas características generales respecto de la migración que nos permitirán comprender el contexto en el cual se insertan.

Los estudios sobre migración en Chile se han enfocado en la inserción laboral y situaciones de discriminación por género, raza, etnia y clase social (Stefoni, 2008; Mora, 2008). Pocos son los estudios sobre niños/as inmigrantes, sin embargo, cabe destacar los trabajos del Colectivo Sin Fronteras (2004) y Pavez (2010), sobre derechos de niños inmigrantes; de Stefoni *et al.* (2010) y Donoso *et al.* (2009) respecto a niños/as, derechos y educación, y los estudios de UNICEF (2004) y Tijoux *et al.* (2011) sobre discriminación y prejuicios.

En las últimas tres décadas se ha producido un aumento de la población inmigrante en nuestro país (Martínez, 2003), situación que se explica por varios motivos, entre los cuales destacaremos dos. En primer lugar, con la vuelta a la democracia se favoreció una política migratoria de apertura de las fronteras. Esto se ve materializado en los múltiples acuerdos con países, especialmente vecinos, de libre tránsito (o de menores exigencias para la obtención de una visa). Cabe destacar el convenio Arica-Tacna y el convenio con países del MERCOSUR donde se ha privilegiado la circulación de personas entre los países pertenecientes. Sin embargo, esta política migratoria en ocasiones entra en contradicción con la ley de migración creada en los años setenta y basada en la premisa de seguridad nacional (1975, N° 1.094). Esta ley supone una serie de requisitos, como la visa

sujeta a contrato, que dificulta las posibilidades de movilidad y acceso a servicios sociales básicos¹.

En segundo lugar, una mejor situación económica en Chile en comparación con países vecinos lo ha convertido en un lugar de destino. Desde la década de los ochenta la economía ha mostrado un crecimiento constante logrando situarse como una nación emergente (Jelvez y Alvarado, 2009; Schmidt-Hebbel, 2006). Frente a este nuevo escenario social y económico se genera una nueva ola migratoria, que según los datos del Censo 2002 corresponde al 1,22% de la población. Sin embargo, en el informe del año 2010 sobre residencia, del Departamento de Extranjería y Migración de Chile (en adelante DEM), se señala que llegaría al 2,08%. Esta nueva tendencia migratoria posee características específicas que requieren nuestra revisión con el fin de comprender el contexto migratorio en el cual se encuentran los NNA inmigrantes.

Al analizar las estadísticas del DEM (2010) y del Censo (2002) podemos observar cinco principales características de esta población. En primer lugar, un 64,8% (Censo 2002) de los inmigrantes vive en la Región Metropolitana, lo cual se explica por la concentración de la actividad económica en la capital. En segundo lugar, el 68% (Censo 2002) proviene de países sudamericanos, especialmente de países cercanos como Perú (37,1%), Colombia (3,7%), Ecuador (5,4%), Bolivia (6,8%) y Argentina (17,2%) (DEM 2010). En tercer lugar, existe un alto porcentaje de mujeres, específicamente en los casos de migrantes peruanas (56,8%), colombianas (58,5%), ecuatorianas (55%) y bolivianas (53%) (DEM, 2010), produciéndose el fenómeno de la feminización migratoria (Martínez, 2003).

En cuarto lugar, según los datos del Censo 2002, se puede observar una inserción segmentada al mercado del trabajo, especialmente de los inmigrantes peruanos y bolivianos, los cuales se concentran en labores de mayor vulnerabilidad y en ciertos sectores de la economía como servicios, comercio informal, trabajo doméstico y construcción, mientras que argentinos y ecuatorianos muestran una mayor diversificación laboral. Finalmente, se observa una concentración de los inmigrantes en edad laboral (58% entre 15 y 44 años, según Censo 2002), lo cual se interpreta que sus principales razones para migrar son económicas (Mujica, 2003).

¹ Para un análisis más detallado de las contradicciones de la ley migratoria ver: Stefoni, C. 2011. *Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante*. En: Feldman-Bianco et al., 2011. *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador; Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO; Universidad Alberto Hurtado.

Esta última particularidad de la migración es de gran importancia para nuestro artículo ya que nos permite identificar que la cantidad de NNA inmigrantes es menor (18,4% según Censo 2002) que la de personas inmigrantes en edad laboral (58%, según Censo 2002). Ahora bien, la primera dificultad que encontramos es la falta de datos específicos de niños y adolescentes entre los 15 y 18 años, ya que el Censo hace el corte a los 15 años de edad. Esta situación impide comprender la especificidad de este grupo y, por tanto, se genera una invisibilización que, como veremos más adelante, es una de las principales causas de las dificultades para proteger sus derechos.

El bajo porcentaje de NNA se puede entender por varias razones, que las podemos clasificar según los motivos que tienen las personas para migrar y las dificultades legales a las que se enfrentan al intentar reunificar a la familia. En primer lugar, como ya hemos señalado, muchas personas migran con el objetivo de acceder a mejores condiciones laborales y económicas tanto para ellas como para sus familias (nucleares o extendidas). Por tanto, la migración no necesariamente significa un cambio de residencia definitivo, más bien es concebida como un proyecto laboral por un período de tiempo determinado que permitiría enviar remesas económicas a sus lugares de origen, ya sea para costear los gastos diarios de las familias o para generar proyectos de inversión que les permitan volver a su país.

Por otro lado, migrar con los hijos implica una inversión económica familiar mayor; las personas no necesariamente poseen los recursos para hacerlo, por lo que la reunificación familiar es postergada para un mejor momento económico. Traer a la familia implica, además, una mayor preparación: como, por ejemplo, buscar una vivienda adecuada en un barrio que permita acceder a colegios, jardines infantiles y otras necesidades básicas. Por tanto, la falta de conocimiento sobre estos aspectos es una dificultad para traer a los niños/as.

A esta situación se le suma una segunda dificultad que dice relación con los aspectos legales. La ley actual obstaculiza la migración de la familia completa debido a la exigencia de un contrato de trabajo para obtener la visa definitiva y a la falta de mecanismos específicos que fomenten la reunificación (Stefoni, 2008). Según el diagnóstico realizado por la Red de Migración e Interculturalidad (en adelante RedMI)² el año 2011, la ley no establece el principio de la *reunificación familiar*, por tanto, no se instala como prioridad

² La RedMI es una red de instituciones de la sociedad civil que trabajan por la protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas desde una mirada intercultural. La visión de la RedMI es que Chile sea un lugar donde las personas en condición de movilidad puedan ejercer sus derechos fundamentales.

y foco orientador para las políticas migratorias en los temas de ingreso, otorgamiento de visas de residencia o sanciones migratorias. Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y también en el artículo 9 de la CDN, que se refiere al derecho de los niños y niñas migrantes a no ser separados de sus padres.

¿QUIÉNES SON LOS NNA MIGRANTES EN CHILE? CARACTERIZACIÓN DE LA POBLACIÓN

Es importante señalar que la infancia y la juventud no son grupos homogéneos (Pavez, 2010; Bourdieu, 2002), más bien existen múltiples formas de vivir la infancia según la posición social de los sujetos en términos de género, clase social, etnia, nacionalidad, etc. Por tanto, al interior del grupo “niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile” existe una diversidad de experiencia de la niñez y la adolescencia que solo se puede conocer a partir de análisis cualitativos.

La primera dificultad que enfrentamos al momento de conocer y caracterizar a los niños, niñas y adolescentes es la falta de estadísticas oficiales, precisas y accesibles al conocimiento público sobre esta población. En efecto, hoy en día no existe un registro actualizado respecto a las características como edad, género, condiciones de vivienda, educación, etc., que nos permita profundizar en el conocimiento de este grupo poblacional, produciéndose una serie de dificultades para analizar y generar políticas públicas orientadas a su protección.

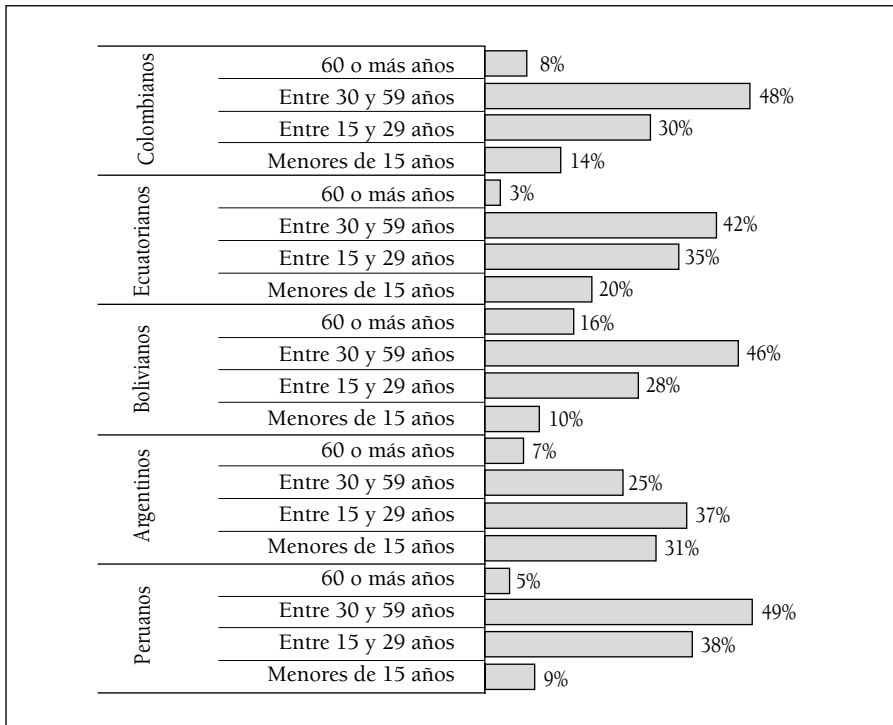
En el último registro del Censo 2002 se hace el corte de 0 a 14 años, lo que impide incluir a los/as adolescentes entre 15 y 18 años. A su vez, tampoco es posible encontrar datos por sectores, como educación y salud, accesibles al público para, desde ahí, conocer características más precisas y actualizadas sobre esta población.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, SENAME, S/F), de un total de 317.057 inmigrantes en Chile, 51.000 (aproximadamente) son niños, niñas y adolescentes, es decir, alrededor de un 16%. Esta cifra concuerda con los datos del DEM (2010), que señalan que en Chile habría 54.032 NNA inmigrantes (menores de 15 años). Ahora, estos datos solo corresponden a aquellos que se encuentran en situación regular, ya que no existen cifras oficiales sobre los NNA en condición migratoria irregular.

Podemos diferenciar la cantidad de niños y niñas según los grupos migratorios preponderantes en nuestro país, de acuerdo a las cifras que se tenían

disponibles hace una década y las recientemente publicadas. Si consideramos los datos del Censo 2002, existía una mayor presencia de niños (menores de 15 años) de origen argentino y ecuatoriano en comparación con la migración peruana y boliviana (ver Gráfico N° 1).

Gráfico N° 1: Distribución etaria de la población migrante según tramos de edad y nacionalidad, CENSO 2002



Fuente: Perfil Migratorio Chile. OIM. 2012. Elaborado en base al Censo de población, 2002.

Sin embargo, según datos entregados por el DEM 2012, podemos señalar que entre el año 2008 y el año 2011, el total de NNA (menores de 18 años) que obtuvieron visas y permanencias definitivas en Chile fue de 47.024, dando cuenta de un aumento general de esta población³. Es decir, en los últimos cuatro años ha habido un incremento significativo de NNA inmigrantes, transformando el perfil de la migración en su conjunto; cues-

³ Cabe señalar que estas cifras fueron elaboradas a solicitud específica, ya que los datos oficiales contemplan el corte de 0 a 15 años, como ya se ha expresado.

tionándose el carácter “laboral” con el cual se le ha representado en los últimos estudios.

Tabla N° 1: Permisos otorgados a menores de 18 años por año. DEM 2012

Permiso otorgado	2008*	2009**	2010	2011	Total Período
Visas	8.938	6.944	7.768	8.811	32.461
Permanencias definitivas	2.525	5.856	2.658	3.524	14.563
TOTAL AÑO	11.463	12.800	10.426	12.335	47.024

Fuente: Departamento de Extranjería y Migración (DEM) 2012.

* Año de regularización extraordinaria de visas.

** Año de regularización extraordinaria de permanencias definitivas.

Si observamos estos datos distinguiendo por nacionalidad, también se advierte un cambio en la concentración de grupos migratorios en comparación con los datos entregados por el Censo 2002, destacándose un aumento significativo de niños, niñas y adolescentes de origen peruano. Entre los años 2008 y 2011, el DEM entregó 17.343 visas y 7.855 permanencias definitivas a NNA peruanos (menores de 18 años), convirtiéndose en el grupo con la mayor obtención de ambos beneficios, sobrepasando el 50% del total de quienes los recibieron (ver Tablas N°s. 2 y 3), y aumentando su número en un 80% en comparación con los datos del 2002. Estas cifras modifican la información hasta el momento conocida (a través del Censo 2002), que destacaba a la migración argentina como el grupo con mayor cantidad de NNA. Esto significa que en los últimos cuatro años ha habido un cambio en la estructura de la migración latinoamericana en Chile, si desde los inicio de los noventa estuvo marcada por su carácter laboral (personas en búsqueda de una mejor situación económica), hoy pareciera inclinarse por proyectos de carácter familiar.

Tabla N° 2: Número de visas otorgadas a menores de 18 años. DEM 2012

Nacionalidad	2008	2009	2010	2011	Suma Período (2008-2011)	Porcentaje Período
Perú	5.177	3.807	4.089	4.270	17.343	53,43
Colombia	479	535	822	1.297	3.133	9,65
Bolivia	865	536	736	796	2.933	9,04
Ecuador	598	460	428	482	1.968	6,06
Argentina	493	478	427	446	1.844	5,68

Fuente: Departamento de Extranjería y Migración (DEM) 2012.

Tabla N° 3: Número de permanencias definitivas otorgadas a menores de 18 años. DEM 2012

Nacionalidad	2008	2009	2010	2011	Suma Período (2008-2011)	Porcentaje Período
Perú	1.341	3.524	1.207	1.783	7.855	53,94
Bolivia	168	746	215	331	1.460	10,03
Colombia	160	284	231	269	944	6,48
Argentina	226	255	195	262	938	6,44
Ecuador	156	361	180	221	918	6,30

Fuente: Departamento de Extranjería y Migración (DEM) 2012.

Ahora bien, cabe destacar que estos datos pueden ser interpretados como un aumento de la migración de NNA peruanos, pero también es posible pensar que responde a un proceso de regularización migratoria de estos niños/as que ya estaban en Chile, pero en condición migratoria irregular (esto significa, sin los permisos necesarios e invisibles a las cifras oficiales). En este sentido, puede ser visto como un avance hacia la regularización migratoria y, por tanto, a la visibilización de una realidad más antigua, reflejada anteriormente a través de diversos mecanismos más específicos, como el acceso a la educación (esto porque los niños/as migrantes en condición migratoria irregular deben ser matriculados provisionalmente en los establecimientos educacionales, luego de obtener una autorización del respectivo Departamento Provincial de Educación)⁴.

Otro dato importante es el aumento de NNA de origen colombiano, lo cual también caracteriza a este grupo migratorio como un movimiento de carácter familiar. Entonces, una mayor cantidad de niños y niñas, según la nacionalidad, da cuenta de la diferencia que existe en términos de proyectos migratorios entre los grupos. En este sentido, si el 2002 las migraciones peruana y boliviana se identificaban por ser de tipo económico-laboral, con los datos del DEM 2012 podemos observar que ha aumentado la presencia de NNA en ambos grupos y, por tanto, el proyecto migratorio ha incluido la reunificación familiar como una nueva posibilidad.

⁴ Esto, conforme al Instructivo (N° 07/1008) del Ministerio de Educación (2005). Sin embargo, cabe señalar que a pesar de esta normativa, a fin del año escolar no se pueden ingresar las notas al sistema, promover a los alumnos/as formalmente si corresponde y emitir los certificados de los cursos aprobados, si es que los/as estudiantes no cuentan con un R.U.T. o R.U.N. (Rol Único Nacional), requisito indispensable para ser parte del registro oficial de alumnos de Chile (SIGE, Sistema de Información General de la Educación, ex RÉCH, Registro de Educación de Chile). El R.U.N. se otorga solamente a los niños/as que cuentan con una visa de estudiante o una visa de residencia temporaria o definitiva (RedMI, 2011). Volveremos sobre esto más adelante.

Educación y Salud

Luego de conocer cuántos NNA inmigrantes hay en Chile y sus principales países de origen, nos enfocaremos en dos áreas prioritarias para la integración: acceso y ejercicio del derecho a la educación y del derecho a la salud. En el caso de la primera, la encuesta Casen 2009 (Encuesta de Hogares)⁵ muestra que un 9% de NNA inmigrantes no acceden al sistema escolar, cifra que mejoró si se compara con los datos de la Casen 2006, que mostraba un 15% de inasistencia.

Sin dudas el Instructivo N° 07/1008, implementado por el Ministerio de Educación de Chile en el año 2005, permitió algunas mejoras, puesto que instruyó *“sobre el Ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos(as) inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial”*. Además, estableció que los niños inmigrantes *“deberán ser aceptados y matriculados provisionalmente en los establecimientos educacionales”*, y *“será suficiente requisito que el postulante presente al establecimiento una autorización otorgada por el respectivo Departamento Provincial de Educación y un documento que acredite su identidad y edad. Matriculado provisionalmente un alumno(a) inmigrante, el sostenedor del establecimiento educacional subvencionado tendrá derecho a la subvención correspondiente”*.

Incluso, muchas veces el derecho a la educación es el que permite que los NNA regularicen su situación migratoria. De acuerdo a un estudio realizado por Mardones (2006), en el año 2005 había 23.500 alumnos/as no nacionales en escuelas chilenas, de los cuales el 45% estaba en proceso de documentación, es decir, en vías de salir de su estado migratorio irregular.

Podemos observar que el acceso de los NNA inmigrantes a la educación se cumple en alrededor del 90% de los casos. Ahora, si bien existe un alto porcentaje de inmigrantes que logran matricularse en colegios, ocurre un proceso de *“sobreconcentración de población escolar migrante”* (Mardones, 2006), ya que no todos los establecimientos educacionales permiten a los NNA inmigrantes matricularse (exigiendo una serie de documentos innecesarios), muchas veces quedando esta situación en manos de la buena voluntad de algunos directores (como en el caso de la Escuela Alemania) (Pavez, 2010).

Entonces, a pesar de los avances que logra la normativa mencionada, suceden una serie de dificultades en la práctica que impiden que los niños/as efectivamente puedan ejercer su derecho a la educación. Una

⁵ Es importante señalar que se debe tener precaución con los datos obtenidos de la CASEN ya que no es representativa de la población migrante, siendo útil, más bien, para la identificación de ciertas tendencias.

de ellas dice relación con la validación del año escolar. Al ingresar al colegio, a los NNA inmigrantes se les entrega una matrícula provisoria que funciona como matrícula regular, es decir, el Estado los reconoce como alumnos/as regulares, a la vez que les otorga financiamiento a los colegios por dichos estudiantes. Este tipo de matrícula se cambia una vez que obtienen el RUT. Sin embargo, sigue siendo una matrícula “precaria”, ya que los NNA no acceden a beneficios entregados por la Ley SEP (Subvención Escolar Preferencial), becas alimenticias, entre otros.

Un problema mayor surge cuando los NNA inmigrantes no obtienen el RUT a tiempo, motivo por el cual a fin de año los establecimientos educacionales no pueden ingresar sus notas y, por tanto, permitirles aprobar el año escolar con un certificado formal. Esto ocurre ya que no figuran como alumnos regulares para Sistema de Información General de la Educación (SIGE).

Por otro lado, existe un gran desconocimiento por parte de funcionarios de los colegios, lo cual dificulta aún más el proceso de regularización y de aprobación de los cursos. “...*los avances normativos en educación no se aplican cabalmente por: desconocimiento, interpretaciones restrictivas, negligencia y/o prácticas discriminatorias de funcionarios de los departamentos provinciales de educación y las propias entidades educacionales*” (RedMI, 2011, p. 14).

Otro problema que deben enfrentar los NNA inmigrantes en el ámbito escolar son las experiencias de discriminación. En diversos estudios (Mardones, 2006; Colectivo Sin Fronteras, 2004; UNICEF, 2004 y 2011), se da cuenta de la discriminación racial y por nacionalidad que deben enfrentar alumnos/as inmigrantes de la Región Metropolitana en sus establecimientos educacionales. Específicamente en el estudio realizado por UNICEF (2011), el 20,3% de los niños encuestados considera que hay nacionalidades inferiores a la chilena, siendo las nacionalidades con mayor porcentaje de mención espontánea la peruana, boliviana y haitiana. A su vez, cabe destacar que aumentó el porcentaje de NNA que sienten discriminación por parte de las autoridades, auxiliares y profesores. Esta situación no ha adquirido suficiente atención por parte del Estado, eludiendo su deber de proteger el derecho de los niños/as a la no discriminación establecido en la CDN (artículo 2°).

En el ámbito del derecho a la salud, según una encuesta realizada el año 2005, un 40% de los niños inmigrantes no se encuentra inscrito en el sistema de salud público (UDP, 2009). Por esto, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud el año 2007 celebraron un convenio (Ministerio del Interior, Resolución exenta N° 1914, 13 de marzo 2008; Ministerio de Salud, Resolución exenta N° 512, 30 de noviembre de 2007), mediante el cual el Estado se compromete a proporcionar a todos los/as NNA

inmigrantes atención en los establecimientos de salud pública, independientemente de su situación migratoria y la de sus padres. Además, entrega un permiso de residencia temporaria a dichos niños y niñas.

Sin embargo, nuevamente este convenio (como en el caso del instructivo sobre el derecho a la educación) tiene problemas que se generan en su implementación. Para obtener el beneficio, los NNA inmigrantes primero deben pagar un monto por nacionalidad con el fin de obtener la visa, para luego acceder a un RUT. Una vez finalizado este trámite, pueden dirigirse a FONASA (Fondo Nacional de Salud) para ser atendidos. Los problemas de este trámite son dos (RedMI, 2011): en primer lugar, mientras se está en proceso de obtención de la visa, los niños y las niñas solo pueden atenderse por urgencias pagando un monto por dicha asistencia, ya sea en instalaciones públicas o privadas del sistema de salud. En segundo lugar, el convenio no garantiza en términos prácticos que aquellos NNA en situación migratoria irregular puedan acceder al sistema público de salud.

En este sentido, la tramitación de la visa –considerando los tiempos y papeles que se exigen– se ha vuelto un problema central para el acceso a servicios básicos. Cabe señalar que el Comité de los Derechos del Niño (organismo encargado de la supervisión del cumplimiento de la CDN) señaló en sus observaciones al Tercer Informe de Chile al Comité (2007) que el Estado debe velar porque se garantice a los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes, la tramitación expedita de sus documentos de registro e identidad y porque, durante ese período, no se vean privados de acceso a los servicios de salud y educación.

Discriminación

Cabe destacar el problema de discriminación y etnificación que viven los NNA, el que es experimentado en diversos ámbitos, como la educación, donde la nacionalidad funciona como eje articulador en las prácticas de discriminación (UNICEF, 2004).

Ser niño migrante o hijo de inmigrante puede acarrear el problema de la etnificación (García, 2003; Tijoux, 2010). Este se refiere a la identificación cultural de los niños como *diferentes* por su lugar de origen, que se puede personificar en su familia, considerada opuesta a la cultura local o dominante. La estigmatización (Goffman, 2003) de los niños/as migrantes funciona en tres niveles según García (2003): como una forma del etnocentrismo, como una forma de jerarquizar países según el nivel de desarrollo económico y como una identificación de la cultura del niño inmigrante como inadecuada para la sociedad de llegada.

Entonces, el aspecto “cultural”, en sí una dimensión ambigua y poco precisa, funciona como eje articulador de un discurso que explica los problemas de integración, ya que se identifica como un rasgo que es portado por los niños por el hecho de haber nacido en otro lugar. Esta forma de etnificación de los NNA migrantes puede ser interpretada como un tipo de racismo oculto, es decir, un racismo que no es abiertamente racista, pero que utiliza las diferencias culturales para justificar una jerarquía étnico-racial entre grupos sociales, en este caso, distinguidos por su nacionalidad (Balibar, 1991).

Respecto a este tema, en Chile no existe un reconocimiento constitucional de la diversidad cultural, situación que se contradice con los convenios internacionales ratificados por el Estado que explicitan la importancia de dicho reconocimiento en la normativa local como manera de fomentar la no discriminación (Stefoni *et al.*, 2010).

Niños, niñas y adolescentes como actores sociales

Las dificultades que deben enfrentar niños, niñas y adolescente inmigrantes hasta el momento descritas poseen como trasfondo el problema de la invisibilización de la infancia y la adolescencia en general, y de los niños/as inmigrantes en particular. En los problemas que hemos revisado respecto al acceso a la educación y la salud, podemos observar que por el hecho de ser inmigrantes deben sobrellevar más obstáculos que sus pares chilenos, por lo que la carga social de la migración es un estigma que portan consigo.

Este panorama se ve favorecido por la carencia de una política integral de defensa a la niñez y la adolescencia, pero también por la falta de una ley migratoria que privilegie ciertos derechos como la reunificación familiar y la no discriminación y que, por otro lado, facilite la tramitación de visas para que NNA puedan acceder a una situación migratoria regular y a todos los beneficios que les conciernen como niños y como sujetos de derechos. Por tanto, la carencia de una política integral y la precariedad de programas existentes en el ámbito de la educación y la salud orientados a NNA inmigrantes reproducen su invisibilización como actores sociales.

Más grave aún, en ninguna instancia comunal, regional o nacional los NNA inmigrantes son escuchados en cuanto a sus propias necesidades, que son particulares por el hecho de haber vivido un proceso migratorio, negándose de este modo su derecho a opinar, evaluar y exigir condiciones para su bienestar en el país. Para valorar las vivencias y experiencias de NNA inmigrantes en Chile se requiere, necesariamente, del reconocimiento de su rol activo en la producción de la vida social y de su participación en materias de

desarrollo, derechos y migración. Esta premisa concuerda con los principios planteados en la CDN, donde se aclara que los Estados deben garantizar que los/as niños/as formen su propio juicio, puedan expresarlo y que se consideren sus opiniones en materias que les atañen (Liwski, 2008). Entonces, un primer paso es reconocer a los/as niños/as y adolescentes migrantes como sujetos de derechos y ciudadanos.

La ciudadanía no es un simple set de derechos y responsabilidades atribuibles a una persona, sino más bien corresponde a una práctica social que los individuos crean de forma activa. Muchas veces los jóvenes no son vistos como ciudadanos ya que existe una visión adultocéntrica de este estatus (Jans, 2004), negando que ellos también pueden generar su propia forma de ejercerla. Si la comprendemos desde la perspectiva de Delanty (2000), quien señala que esta posee cuatro dimensiones: set de derechos, set de deberes, como identidad y como una forma de participación, es viable identificar posibilidades para que los NNA puedan ser concebidos como ciudadanos.

En cuanto al primer y segundo eje –los derechos y deberes–, si bien no poseen los mismos derechos y responsabilidades que los adultos (como el derecho a voto), sí comparten muchos de ellos, como son el acceso a salud, educación, etc. Por tanto, sí pueden ser considerados ciudadanos, al menos en este ámbito.

El tercer eje señalado por Delanty (2000) –la ciudadanía como identidad o sentimiento de pertenencia– también es aplicable a niños y niñas inmigrantes, ya que el proceso migratorio genera cambios en las prácticas cotidianas, costumbres y tradiciones de estos, quienes readecuan sus identidades en función del nuevo escenario social y geográfico en el que se encuentran. Además, la CDN explicita el derecho a un nombre e identificación, lo cual es parte de la construcción de una identidad en el nuevo lugar.

Finalmente, la ciudadanía como forma de participación encuentra más obstáculos al convivir con el discurso sobre los niños solo como objetos de cuidado y no como actores sociales (Jans, 2004). La participación como eje central de la ciudadanía requiere de su examinación para el caso de los NNA ya que las formas de conceptualizar la participación ciudadana suelen enfocarse en esta como una actividad realizada por adultos (Qvortrup, 2001). Sin embargo, negar su participación y, por tanto, su ciudadanía, sería también negar que los niños sean parte de la construcción del mundo social. Jans (2004) hace una interesante propuesta de ciudadanía a escala de infancia, donde señala que es necesario analizar la ciudadanía no solo como un ejercicio realizado por mayores de edad, sino que como una práctica que puede ser ejecutada desde la niñez y adolescencia, si se la entiende como

parte de un proceso de aprendizaje donde estos actores van cultivando y transformando su entorno desde un rol activo.

A su vez, discusiones actuales sobre ciudadanía nos permiten pensar en un formato transnacional de esta donde es posible incorporar a NNA inmigrantes independiente del lugar en donde se encuentren. Faist (2000) señala que es posible pensar en una ciudadanía transnacional, es decir, que no reposa en un Estado específico, sino que se desarrolla como una práctica en un mundo globalizado de intercambio y movimiento de personas y objetos que pueden ejercer sus derechos en diversos lugares simultáneamente. De esta forma, NNA inmigrantes no solo podrían (y deberían) ser sujetos de derechos en su lugar de origen sino que también en su lugar de residencia actual, posibilitándose la práctica efectiva de sus derechos.

Ahora, para lograr que los NNA sean tratados como sujetos de derechos, existen algunos tratados internacionales que promueven esta mirada:

- Convención sobre los Derechos del Niño (ya mencionada).
- Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, Xenofobia y otras Formas de Intolerancia.
- Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el caso chileno, si bien el Estado ha firmado y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en la actualidad no posee una política explícita que busque cumplir los objetivos de los acuerdos firmados (Stefoni, 2002). Por tanto, si bien se ha avanzado en la protección de ciertos derechos básicos como salud y educación a través de decretos y reglamentos, no existe un marco legal integral que consagre los derechos de los inmigrantes.

Los actos administrativos a nivel nacional que protegen sus derechos (aunque funcionan de manera precaria, como señalamos), son:

1. *Acceso a la educación:*

- a. Oficio Circular N° 6.232, mayo 2003; Oficio Ordinario N° 07/1008 -1531, agosto 2005. A través de un convenio realizado entre el Ministerio de Educación y el Departamento de Extranjería y

Migración se pretende asegurar el ingreso y permanencia de los niños/as y adolescentes inmigrantes a su derecho a la educación básica y media en establecimientos educacionales del Estado. Dicho convenio incluye tanto a aquellos en situación regular como irregular. Para ello, las escuelas deben aceptarlos y facilitarles el proceso de regularización de su estatus migratorio. Si bien pueden estar en un comienzo como alumnos en estado “provisorio” (esperando la regularización), deben ser tratados como alumnos regulares para que, de este modo, tanto ellos/as como el sostenedor puedan recibir los beneficios necesarios.

- b. Convenio de acceso a la educación parvularia: Resolución exenta N° 6.677, noviembre 2007. Programa entre la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) y el Departamento de Extranjería y Migración, otorgándoles prioridad a niños y niñas menores de 5 años para ingresar a jardines infantiles independiente de su situación migratoria.
2. *Acceso a la salud:*
- a. Acceso a servicios de salud a toda mujer inmigrante embarazada: Oficio circular N° 1.179, enero 2003. Convenio realizado entre el Ministerio de Salud y el Departamento de Extranjería y Migración que garantiza el acceso a servicios de salud públicos a mujeres inmigrantes que no tengan una visa de residencia. Este beneficio es para el control del embarazo y asistencia en el parto independiente de la condición migratoria de las mujeres. El hijo nacido es considerado chileno.
 - b. Acceso a salud de niños y niñas menores de 18 años: Resolución exenta N° 1.914, marzo 2008. Convenio realizado entre el Ministerio de Salud y el Departamento de Extranjería y Migración que garantiza la atención a menores de 18 años inmigrantes en servicios públicos, pudiendo a su vez –aquellos que no poseen– solicitar residencia por esta vía.
3. *Acceso a la Red de Protección de la Infancia:* Resolución Exenta N° 10.654, diciembre 2009. Convenio entre el Servicio Nacional de Menores (SENAME) y el Departamento de Extranjería y Migración que pretende facilitar el ingreso de niños y niñas inmigrantes a la red de protección, cuyos derechos hayan sido violados o sean infractores de ley, independientemente de su situación migratoria. También facilita el otorgamiento de residencia a menores de 18 años que no se encuentran acompañados por sus padres o apoderados.

Si bien estos convenios entre el Departamento de Extranjería y otras entidades estatales son un avance en la protección de ciertos derechos básicos de los niños/as y jóvenes inmigrantes, no logran abarcar ni solucionar todas

las problemáticas que deben enfrentar los NNA en el proceso migratorio, debiendo garantizarse también el derecho a la reunificación familiar, el derecho a participación, el reconocimiento de la diversidad cultural y el derecho a la no discriminación, entre otros. Estos derechos y la garantía de su cumplimiento no se encuentran debidamente establecidos en la legislación chilena, situación que da cuenta de que Chile debe adecuar su normativa, en consonancia con los tratados internacionales que ha ratificado.

Cabe destacar a este respecto la iniciativa que viene impulsando hace varios años la sociedad civil y UNICEF, respecto a la creación de una nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile, y específicamente una Ley de Protección Integral de los Derechos de la Infancia, y un Defensor de los Derechos del Niño para Chile.

El mencionado proyecto de Ley de Protección Integral a la Infancia considera a los NNA como sujetos portadores de derechos que, debido a su particular posición, experimentan dificultades y carecen de herramientas para hacer plenamente efectivos esos derechos. El objetivo es crear aquellas herramientas que permitan superar los obstáculos que los órganos del Estado (Poder Judicial, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) pueden generar en el ejercicio de los derechos, y establecer una serie de principios, reglas y obligaciones que fijen el marco de acción del Estado de Chile en la elaboración de las políticas de infancia, las reformas legales, la interpretación judicial, las prioridades presupuestarias fijadas por el Congreso, el diseño e implementación de las políticas de infancia a nivel comunal y la debida coordinación de todos los órganos del Estado en la generación de un sistema de protección integral a la infancia. Se pretende reforzar además el reconocimiento formal de todos los derechos reconocidos por la CDN y generar garantías específicas (legales, administrativas y judiciales) para hacer efectivos dichos derechos.

Es interesante señalar que una Ley de Protección Integral a la Infancia debe contemplar los principios centrales que deben regir el actuar de todos los órganos del Estado en materia de infancia (incluidos, por supuesto, los NNA migrantes):

- Principio de igual dignidad y no discriminación: todos los NNA, cualquiera sea su condición social, nacional, étnica, de género, etc., deben ser reconocidos en su igual estatus de persona portadora de derechos. De este principio se derivan también políticas de acción afirmativa o discriminación positiva en favor de ciertos niños más vulnerables. Dentro de estos niños se encuentran los NNA migrantes, así como

también los niños/as indígenas, aquellos/as con discapacidad y las niñas, entre otros.

- Principio del interés superior del niño: este principio significa la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en la CDN, la Constitución Política de la República y demás leyes, incluida esta ley de protección integral.
- Principio de efectividad de los derechos: es deber del Estado garantizar efectiva y prioritariamente los derechos de los niños/as, generando garantías primarias y secundarias que faciliten y maximicen el ejercicio concurrente de todos los derechos de los que son titulares. De este principio se deriva la obligación de proveer atención inmediata y prioritaria a todo NNA que lo solicite, dentro del ámbito de su competencia, o derivar dicha atención, velando por el cumplimiento de las obligaciones legales establecidas; conceder prioridad en la organización y diseño de las políticas sectoriales, de modo tal que ellas permitan la debida implementación de las políticas de infancia; y otorgar prioridad en la identificación, discusión y asignación de recursos públicos en las partidas de los órganos del Estado y en la ley de presupuesto de la Nación.
- Principio de protección de la familia: es deber del Estado respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de ambos padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. A su vez, el Estado debe generar aquellas condiciones que promuevan, faciliten y apoyen el desarrollo del rol de orientación y guía de las familias respecto de los NNA.
- Principio de participación: el Estado debe respetar y generar aquellos mecanismos que garanticen la inclusión de los NNA en todas aquellas materias que les incumben y, en particular, respetar el ejercicio de sus derechos a ser oídos, a manifestar libremente la expresión de sus ideas y creencias, a asociarse y a reunirse⁶.

⁶ Para un análisis más detallado de las perspectivas y desafíos de una Ley de Protección Integral de los Derechos de la Infancia en Chile y de un Defensor de los Derechos del Niño para Chile, véase el documento de trabajo UNICEF: Serie de reflexiones N° 13, *Nueva Institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico)*. Santiago, enero de 2012, disponible en la página web de UNICEF www.unicef.cl, específicamente en el link <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Publicaciones>.

CONCLUSIONES

En el presente artículo comenzamos con la tesis de que los NNA inmigrantes deben enfrentar una doble invisibilización –por ser niños/as y por ser inmigrantes–, lo cual dificulta una concepción de los mismos como sujetos de derechos. Para esto, primero realizamos una revisión respecto a la infancia y a la adolescencia como construcciones sociohistóricas, y luego profundizamos en las teorías de diversas disciplinas y áreas de estudio donde se los conceptualiza como sujetos en “proceso de” y, por tanto, pasivos en la formación del mundo que los rodea. Además, analizamos cómo dichas teorías muchas veces obstaculizan la posibilidad de otorgarle a la niñez protagonismo en los estudios sobre la sociedad en su conjunto. Nuestra postura es que efectivamente los NNA son generadores, creadores y formadores de la familia, la política, el barrio, la escuela, entre otras áreas de la vida social.

Segundo, ahondamos en la invisibilización de los NNA por el hecho de ser migrantes, señalando que el estudio y la gestión de la migración no siempre reflexionan respecto a sus vivencias, opiniones y necesidades específicas, a pesar de que efectivamente ellos moldean y son afectados por dicho proceso, incluso en sus identidades.

En tercer lugar, caracterizamos el panorama actual de la migración en Chile con el fin de detallar el contexto en que NNA se insertan y desarrollan al momento de llegar al país. En cuarto lugar, nos introdujimos en el conocimiento respecto a los NNA inmigrantes en Chile, analizando las dificultades que existen para comprender quiénes son y sus características por la falta de información y datos precisos y accesibles. Logramos identificar que las nacionalidades con más NNA hasta el año 2002 eran los argentinos y ecuatorianos, en contraposición a los niños/as peruanos y bolivianos, situación que cambia a partir de los datos del DEM 2012, en los cuales es posible observar un aumento de los dos últimos grupos, dando cuenta de las transformaciones actuales de la migración latinoamericana en Chile.

En quinto lugar, analizamos el acceso y ejercicio a dos derechos básicos: la educación y la salud, para luego reflexionar respecto a los procesos de discriminación que NNA sufren. Para los dos primeros ámbitos pudimos comprobar la precariedad e insuficiencia respecto a los programas estatales que existen, señalando que dicho escenario es posibilitado por la inexistencia de una política integral de defensa a la niñez y adolescencia, pero también por la falta de una ley migratoria que proteja específicamente los derechos relacionados con los NNA inmigrantes. No solo dimos cuenta de que existen problemas en el acceso a ciertos derechos básicos, sino que

también en relación al derecho a la participación y a ser escuchados. La consecuencia de esto es el peligro de no lograr posicionar a NNA inmigrantes como sujetos de derechos y como ciudadanos.

Frente a este escenario, los desafíos pendientes y las recomendaciones para resolver los conflictos planteados son varios:

1. Primero, se vuelve imperante la generación de registros actualizados, precisos y accesibles respecto a los NNA inmigrantes (en situación migratoria regular e irregular), con el fin de conocer sus características, necesidades y focos concretos que requieren mayor atención. Solo así podremos generar proyectos específicos que permitan mejorar el acceso a servicios básicos y la protección a la no discriminación.
2. Segundo, se requiere de una normativa integral de protección de la infancia y adolescencia y un marco legal que consagre los derechos de la población inmigrante, basado no solo en la CDN, sino que contemple también temáticas específicas de la migración, como son la reunificación familiar y la facilitación de la tramitación de visas para que NNA puedan acceder a una situación migratoria regular.
3. Tercero, dicho marco legal debe comprender a NNA como sujetos de derecho y actores sociales, y no como entes pasivos en la construcción de su propia realidad.
4. Cuarto, tanto las dificultades de acceso a servicios básicos como las experiencias de discriminación que experimentan NNA inmigrantes dan cuenta de una sociedad que en su cotidianidad excluye y margina a aquellos considerados “diferentes”, por lo que la ley no solo debe consagrar los derechos, sino que también deben ser difundidos y promovidos a través de políticas educativas para toda la población.
5. Quinto, es necesario profundizar en los estudios sobre la infancia y adolescencia de sujetos inmigrantes, con el fin de comprender cuáles son los desafíos de grupos específicos, que contemplen la distinción por nacionalidad pero también por clase social, por género y por lugar de residencia. Es imperante comprender dichas realidades ya que, de esta forma, conoceremos los diversos problemas y necesidades que, sin duda, varían de grupo en grupo.

En conclusión, los puntos anteriormente señalados conforman algunos aspectos básicos que son necesarios para avanzar en la defensa y promoción de los derechos de NNA inmigrantes en Chile, permitiendo al país estar en concordancia tanto con los tratados internacionales ratificados por el Estado, como con el fomento de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, E.; PERTICARA, M. y RAMOS, C. (2007). Empleo femenino: oferta laboral y cuidado infantil. BID. "Principales resultados". Chile.
- AGATHONOS, H. (1993). Child protection within the Convention on the Rights of the Child: A eulogy or a euphemism? En: Heiliö, P.-L.; Lauronen, E.; Bardy, M. (eds.), *Politics of childhood and children at risk*. Viena: European Centre for Social Welfare Policy and Research.
- ARIES, P. (1962). *Centuries of childhood: asocial history of family life*. London: Jonathan Cape.
- BALIBAR, E. (1991). *Raza, nación y clase: identidades ambiguas*. Iepala, Madrid.
- BELOFF, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires.
- BENDIX, R. (1964). *Nation-building and citizenship; studies of our changing social order*. Wiley, New York.
- BOURDIEU, P. (2002). La "juventud" no es más que una palabra. En: *Sociología y Cultura* (pp. 163-173). México: Grijalbo, Conaculta.
- CERRUTTI, M. y MAGUID, A. (2010). Familias divididas y cadenas globales de cuidado: la migración sudamericana a España. *CEPAL - Serie Políticas Sociales* N° 163. División de Desarrollo Social. Santiago, Chile.
- COLECTIVO SIN FRONTERAS S/F *Niños y niñas migrantes. Políticas públicas, integración e interculturalidad*. Editorial Colectivo Sin Fronteras. Santiago de Chile. N° I.S.B.N. 978-956-8656-00-3.
- COLECTIVO SIN FRONTERAS (2004). *Niños y niñas inmigrantes en Chile: derechos y realidades*. Fundación ANIDE. Editorial LOM, Santiago, Chile.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007). Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el Tercer Informe Periódico de Chile (CRC/C/CHL/3).
- CONVENIO DE COLABORACIÓN MINISTERIO DEL INTERIOR Y MINISTERIO DE SALUD (2007). Gobierno de Chile, Santiago, Chile.
- CORSARO, W. (2005). *The sociology of childhood*. Thousand Oaks: Pine Forge Press.
- DELANTY, G. (2000). *Citizenship in a global age: society, culture, politics*. Buckingham: Open University Press.
- DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIONES (DEM) (2010). Informe Anual Sección Estudios. Gobierno de Chile, Santiago Chile.
- DONOSO, A.; MARDONES, P.; CONTRERAS, R. (2009). Propuestas y desafíos a partir de la experiencia de una escuela con migrantes en el Barrio Yungay, Santiago de Chile. En: *Docencia* N° 37. Reflexiones Pedagógicas, Chile.
- DU BOIS-RAYMOND, M. (2001). Negotiation families, En: M. Du Bois-Raymond, H. Süncker and H.H. Krüger (eds.), *Childhood in Europe*, pp. 63-90. New York: Peter Lang.
- FAIST, T. (2000). Transnationalization in international migration: implications for the study of citizenship and culture. *Ethnic and Racial Studies*, Volume 23, Issue 2, March 2000, pp. 189-222.

- GAITÁN, L. (2006). *Sociología de la infancia. Nuevas perspectivas*. Madrid: Síntesis.
- GAITÁN, L.; DÍAZ, M.; SANDOVAL, R.; UNDA, R.; GRANDA, S. y LLANOS, D. (2008). Los niños como actores en los procesos migratorios. Implicaciones para los proyectos de cooperación. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología Campus de Somosaguas. Madrid, España.
- GARCÍA, I. (2003). Cuestión de “la segunda generación”. En: *Revista Anduli*, N° 3. Revista Andaluza de Ciencias Sociales, pp. 27-46.
- GOBIERNO DE CHILE (2010). Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmwf/docs/AdvanceVersions/CMW.C.CHL.1_sp.pdf
- GOFFMAN, E. (2003). *Estigma: La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- HOCHSCHILD, A. (2001). Las cadenas mundiales de afecto y asistencia y la plusvalía emocional. En el Límite: la vida en el capitalismo global, A. Giddens y W. Hutton. Madrid: Tusquets.
- INSTITUTO NACIONAL DE LA JUVENTUD (INJUV) (2011). Jóvenes migrantes: inclusión y desafíos para las políticas públicas en juventud. Volumen 5. Colección Estudios del Injuv. Ministerio de Planificación, Santiago, Chile.
- ISIN, E.; TURNER, B. (2002). *Handbook of citizenship studies*. Inglaterra, Sage.
- JAMES, A. y PROUT, A. (1990). *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*. Londres: Falmer Press.
- JAMES, A.; JENKS, C. y PROUT, A. (1998). *Theorizing childhood*. Cambridge: Polity Press.
- JANS, M. (2004). *Children as citizen. Towards a contemporary notion of child participation*. SAGE Publications. London, Thousand Oaks.
- JÉLVEZ, M. y ALVARADO, M. (2009). ¿Cómo continuar avanzando hacia el desarrollo? Propuestas para una Política Nacional. Organización Internacional del Trabajo. Santiago, Chile.
- JENKS, C. (ed.) (1982). *The sociology of childhood: essential readings*. London: Batsford.
- LIEBEL, M. (2003). Working children as social subjects: the contribution of working children's organizations to social transformations. *Childhood*, Vol. 10, N° 3, pp. 265-285.
- LIWSKI, N. (2008). Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos. Consejo permanente de la OEA. Comisión Especial de Asuntos Migratorios. Washington D.C., EE.UU.
- MARDONES, P. (2006). Exclusión y sobreconcentración de la población escolar migrante bajo un modelo de segregación socioterritorial. Informe final del concurso: Migraciones y modelos de desarrollo en América Latina y el Caribe. Programa Regional de Becas CLACSO.

- MARTÍNEZ, J. (2003). El encanto de los datos. Sociodemografía de la inmigración en Chile según Censo 2002. Serie Población y Desarrollo N° 49. CEPAL/CELADE, Santiago, Chile.
- MARTÍNEZ PIZARRO, J. (2000). Migración internacional de jóvenes latinoamericanos y caribeños: protagonismo y vulnerabilidad (LC/L.1407-P-E) CELADE, FNUAP, CEPAL, Serie Población y Desarrollo N° 3, Santiago. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.00.II.G.75.
- MAYALL, B. (2000). The sociology of childhood in relation to children's rights. *The International Journal of Children's Rights* 8, pp. 243-259.
- MORA, C. (2008). Estratificación social y migración intrarregional: algunas caracterizaciones de la experiencia migratoria en Latinoamérica. En: *Revista Universum*, N° 24, Vol. 1. Talca, Chile.
- MUJICA, J. (2003). El desafío de la solidaridad. Condiciones de vida y de trabajo de los migrantes peruanos en Chile. Serie Documentos de Trabajo OIT N° 178. Lima, Perú.
- OIT, SENAME (S/F). Migración y trabajo infantil en Chile. Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/otros/diagnosticos/Folleto_Migracion_y_Trab_Infantil.pdf
- ONU (1990). Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- PAVEZ, I. (2010). Los derechos de las niñas y los niños peruanos migrantes en Chile. *El Observador* N° 6, abril, 2010. SENAME, Chile.
- PETIT, J.M. (2003). Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos. CELADE-BID. CEPAL, Serie Población y Desarrollo N° 38.
- QVORTRUP, J. (2001). The relationship between protection and participation: risk or opportunity for young people or adult society? Trondheim: Norwegian Centre for Child Research.
- QVORTRUP, J. (1999). Childhood and social macrostructures. Childhood exclusion by default. Working Paper 9. Child and youth culture. Odense: Department of Contemporary Cultural Studies-Odense University.
- RAUSKY, M. (2010). Los abordajes metodológicos en el campo de estudios sociales sobre la niñez: principales tendencias y perspectivas. *Revista Renglon*, N° 62, marzo-agosto, 2010.
- RED DE MIGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD (REDMI) (2011). Matriz de diagnóstico y propuesta de solución.
- SASSEN, S. (2002). Towards post-national and denationalized citizenship. En: *Handbook of Citizenship Studies*. Engin F. Isin & Brian S. Turner (Eds.), Inglaterra, Sage.
- SCHIAPPACASSE, P. (2008). Segregación residencial y nichos étnicos de los inmigrantes internacionales en el Área Metropolitana de Santiago. *Revista de Geografía Norte Grande*, 39, pp. 21-38, Chile.

- SCHMIDT-HEBBEL, K. (2006). Chile's economic growth. En: *Cuadernos de Economía*, Vol. 43 (Mayo), pp. 5-48, 2006.
- STEFONI, C. (2012). *Perfil migratorio de Chile*. OIM, Santiago, Chile.
- STEFONI, C. (2011). Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante. En: Feldman-Bianco *et al.*, 2011. *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador; Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO; Universidad Alberto Hurtado.
- STEFONI, C. (2008). Inmigrantes en Chile. Una integración diferenciada al mercado laboral. En: *Migración y Políticas Sociales en América Latina*. SOPLA, Konrad Adenauer Stiftung.
- STEFONI, C. (2003). *Inmigración peruana en Chile. Una oportunidad a la integración*. Editorial Universitaria FLACSO-Chile. Santiago, Chile.
- STEFONI, C. (2002). Mujeres inmigrantes peruanas en Chile. En: *Papeles de Población*, julio-septiembre, N° 33. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, México, pp. 118-145.
- STEFONI, C.; ACOSTA, E.; GAYMER, M. y CASAS-CORDERO, F. (2010). *El derecho a la educación de niños y niñas inmigrantes en Chile*. Editorial Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, España.
- THORNE, B.; FAULSTICH, M.; WAN SHUN, E. y CHEE, A. (2001). Transnational childhoods: the participation of children in processes of family migration. *Social Problems*, Vol. 48, N° 4, pp. 572-591. California, EE.UU.
- TIJOUX, M.; TARAZONA, M.; MADRIAGA, L. y REYES, P. (2011). Transformaciones de la vida cotidiana de los inmigrantes peruanos que habitan en Santiago de Chile: Relaciones familiares e invención de existencias transnacionales. *Cuadernos de Investigación* N° 15. Cei Migra. Provincia de Aragón Compañía de Jesús. Consellería de Solidaridad y Ciudadanía.
- UNICEF-CHILE (2011). *Los prejuicios en niños, niñas y adolescentes*. Encuesta “La voz de los niños sobre convivencia escolar y prejuicios”.
- UNICEF-CHILE (2004). *Los prejuicios en niños, niñas y adolescentes*. Encuesta “La voz de los niños sobre convivencia escolar y prejuicios”. Versión electrónica, disponible en: http://www.unicef.cl/archivos_documento/128/INFORME%202004.pdf
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (UDP) (2009). *Derechos humanos de los inmigrantes*. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile.

■ Acerca de los autores

1. *Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena*

NICOLÁS ESPEJO YAKSIC: Encargado de Protección Legal de UNICEF Chile. Profesor Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJUCEN) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile y profesor de Magíster en Derecho Laboral, Universidad Adolfo Ibáñez. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Diego Portales). Master of Studies in International Human Rights Law (Oxford), Philosophy Doctor in Law (Warwick).

ANDREA BALART ARMENDARIZ: Consultora del Área de Protección Legal de UNICEF Chile. Profesora ayudante de la Universidad Diego Portales, y ex investigadora y abogada asistente del Programa Jurídico sobre Discapacidad y del Centro de Derechos Humanos de la misma casa de estudios. Abogada (2007), Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales (2006). Magíster © en Humanidades, mención Filosofía por la Universidad Adolfo Ibáñez.

2. *Estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado*

ARIEL RIVA: Funcionario del ACNUR con más de 12 años de experiencia en el trabajo con refugiados en diferentes países del mundo. Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires, con especialización en Derecho Internacional.

DELFINA LAWSON: Asesora Legal Asociada en la Oficina de enlace del ACNUR en Santiago, Chile. Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires, con especialización en Derecho Internacional Público.

3. ***De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familias***

SÒNIA LAHOZ I UBACH: Asistente de Cooperación Técnica y Proyectos, OIM Santiago; miembro del Grupo de Estudios en Psicología Cultural y Política (Universitat de Barcelona). Investigadora del Servicio de Atención Psicosocial y Psicopatológica para Inmigrantes y Refugiados (SAPPRI)-Barcelona. Licenciada en Psicología (UB). Diploma en Salud Mental en Situaciones de Violencia Política y Catástrofes, UC Madrid. Diploma de Estudios Avanzados y candidata a Doctora en Psicología Clínica y de la Salud (UB).

4. ***Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes***

DENISSE ARAYA CASTELLI: Directora Ejecutiva ONG Raíces, ha coordinado líneas de prevención, sensibilización y atención a víctimas de explotación sexual comercial de niñas/os y adolescentes y la trata como una de sus manifestaciones. Ha dirigido investigaciones y acciones de monitoreo. Ha ejercido docencia en las Universidades Iberoamericana y UACH en México, UES y UCA de El Salvador. Licenciada en Ciencias Sociales, Universidad Católica de Lyon, Francia; Educadora de Párvulos, U. de Chile.

IRIA RETUERTO MENDEÑA: Coordinadora del Área de Prevención de ONG Raíces, impulsando acciones informativas y de sensibilización social para enfrentar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en sus distintas manifestaciones, incluyendo la trata. Ha participado en diversas investigaciones, así como en informes de monitoreo referentes a las mencionadas vulneraciones. Antropóloga, Licenciada en la Universidad Libre de Berlín.

5. ***Niños, niñas y adolescentes refugiados(as) en Chile: un cuadro de situación***

CORINA COURTIS: Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina (CONICET). Profesora de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Licenciada y Doctora en Ciencias Antropológicas (Universidad de Buenos Aires).

6. ***El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental***

MARGARITA BECERRA LIZANA: Directora Programa PRISMA, Salud Mental para Migrantes y Refugiados, Facultad de Psicología Universidad Alberto Hurtado. Psicóloga, Licenciada en Psicología, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Estudios Complementarios en Antropología,

Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Postgrado en Terapia Familiar e Intervención Sistémica, Instituto Provincial de Formación Social, Bélgica. Terapeuta acreditada Asociación Europea de Terapia Familiar EFTA-CIM.

LAURA ALTIMIR COLAO: Psicóloga Programa PRISMA Salud Mental para Migrantes y Refugiados, Facultad de Psicología Universidad Alberto Hurtado y miembro del equipo Unidad de Terapia Familiar del Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, Santiago. Psicóloga, Licenciada en Psicología y Magíster en Psicología Clínica mención Estudios de la Familia y la Pareja de la Universidad Diego Portales. Postítulo en Terapia Sistémica de Familias y Parejas y especialización en Terapia de Parejas, ambas por el Instituto Chileno de Terapia Familiar.

7. *Niños, niñas y adolescentes migrantes y su derecho a la educación en Chile*

DANIEL CONTRERAS RIVERA: Encargado de Educación de UNICEF Chile y docente en la Universidad Alberto Hurtado. Fue responsable del programa Liceo Para Todos y coordinador nacional del nivel de Enseñanza Media en el Ministerio de Educación de Chile. Antropólogo y Magíster en Antropología y Desarrollo por la Universidad de Chile. Diplomado Formulación y Planificación de Políticas Educativas, Instituto Internacional de Planeamiento Educativo, UNESCO.

SOLEDAD CORTÉS HERNÁNDEZ: Consultora del Área de Educación de UNICEF Chile. Se desempeñó como consultora de la Corporación Educacional Aprender, en asesoría técnica educativa. Asistente Social y Licenciada en Trabajo Social por la Universidad Católica de Chile (2007).

CANDY FABIO SALAS: Consultora de UNICEF Chile para el área de Educación y Políticas Sociales. Licenciada en Educación por la Universidad Metropolitana de Ciencias Pedagógicas. Profesora de Educación Diferencial, mención en Deficiencia Mental, Trastornos del Lenguaje y Trastornos del Aprendizaje, Universidad Católica Cardenal Silva Henríquez. Postítulo en Administración Educacional, Universidad Central.

8. *Una mirada a los derechos de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes en Chile. Avances y desafíos pendientes*

ROSARIO FERNÁNDEZ OSSANDÓN: Académica del Departamento de Sociología de la Universidad Alberto Hurtado. Coordinadora de la Línea de Investigación “Racismo, Extranjería y Migraciones” del Núcleo Sociología del Cuerpo de la Universidad de Chile e integrante de la Red de Migración e Interculturalidad (RedMI). Socióloga y Magíster en Estudios Filosóficos de la Universidad Alberto Hurtado. Diploma Irrupción del Cuerpo en las Ciencias Sociales de la Universidad de Chile.

