

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.