



# NIÑEZ Y MIGRACIÓN: COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL EN CHILE

## (Children and migration: Comments on the proposal for a legal reform in Chile)

**Manuel Yáñez Espinoza**

Abogado

Becario de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile

### Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el proyecto de ley de migración y extranjería, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional de la República de Chile, respecto de aquellas materias que inciden en el tratamiento y protección de la niñez migrante y formular críticas y propuestas desde el enfoque de derechos respectivo, y en tanto niñez migrante, desde la protección especial que requieren como sujetos vulnerables.

**Palabras clave:** niñez, migración, vulnerabilidades, Chile.

### Abstract

The purpose of this work is to analyze the draft of the migration and foreign policy bill, that is currently passing in the National Congress of the Republic of Chile. This bill seeks to norm the treatment and protection of migrant children and formulate criticisms and proposals from the respective rights approach, and the special protection the migrant children require as vulnerable subjects.

**Keywords:** childhood, migration, vulnerabilities, Chile.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Hablar de niñez vulnerable en Chile es un aspecto sumamente sensible. En un reciente informe del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre la situación de la niñez sometida a institucionalización, los resultados fueron lapidarios: la pobreza constituye per sé un criterio de internación de los niños, niñas y adolescentes (NNA en adelante), actualmente la normativa vigente es incompatible con los estándares de derechos humanos, y toda la institucionalidad del Estado (poder judicial incluido) han

---

<sup>1</sup> Para el desarrollo del presente trabajo el autor agradece el constante incentivo a su labor de investigación por parte de la Dra. Liliana Galdámez y la Mgtr. Paulette Jara.

sido partícipes de vulneraciones por acción u omisión de los derechos de la niñez vinculada a los sistemas de protección administrados por el Estado o por privados (Comité de los Derechos del Niño, 2018).

El abandono estatal de la infancia pobre y la falta abrumadora de un sistema de protección integral de derechos han hecho mella en el país y ha provocado un amplio consenso social y político en torno a una profunda reforma al modelo de protección de la niñez en Chile. Parte de ese esfuerzo es el Acuerdo Nacional por la Infancia (fruto de una comisión ejecutiva) que espera orientar el esfuerzo legislativo y la elaboración de políticas públicas en nuestro país (Acuerdo Nacional por la Infancia, 2018). Es de esperar que las fuerzas políticas cumplan de buena fe lo acordado e impulsen prontamente las necesarias reformas normativas. Pero desde ya cabe destacar las omisiones en dicho acuerdo nacional en materia de infancia en condición de movilidad humana. Prácticamente no se menciona.

Lo anterior es sumamente complejo, porque en el Congreso Nacional se encuentra en tramitación el proyecto de migración y extranjería (Boletín N° 8970-06)<sup>2</sup>, que será el objeto de estudio de este trabajo, y que sería una gran oportunidad para adecuar nuestro derecho a los estándares internacionales. Dicha reforma tiene una importancia relevante en Chile pues ha pasado a ser un destino emergente de la migración internacional, en especial, intrarregional en las Américas, lo que se suma al hecho de que nuestra legislación se encuentra totalmente atrasada.

Actualmente, el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 y su reglamento regulan las materias migratorias, decreto que es una norma preconstitucional que vulnera el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales y que no se adapta a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos según ha establecido alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Galdámez, 2013), y en el específico caso de los derechos de la niñez se puede señalar que:

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

---

<sup>2</sup> Este artículo está actualizado al debate legislativo del proyecto con fecha 16 de enero de 2019 que coincide con la conclusión de su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Al momento de redacción de este artículo (marzo de 2020), el proyecto se encuentra en su segundo trámite constitucional y radicado en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, producto de la situación que vive el país, el proyecto no ha avanzado sustantivamente y aún no se emite el informe respectivo de la Comisión de Gobierno Interior de la misma Cámara. En conclusión, normativamente el proyecto que conocemos es el que emanó de su primer trámite constitucional.

claras en torno al acceso a derechos como la salud y la educación”. (Cepeda, 2019, p. 10).

Y es que los NNA no pueden ser desvinculados del fenómeno de la movilidad humana donde la atención de las políticas públicas debe estar puesta con especial énfasis producto de su vulnerabilidad. Es cosa de mirar las cifras: hacia el año 2013 en los 35 Estados que componen las Américas habitaban al menos 930 millones de personas, de las cuales aproximadamente 57 millones eran migrantes internacionales, es decir, al menos 1 de cada 16 personas en las Américas fue o es migrante internacional (González, 2013, p.6).

En el caso chileno, según datos del Departamento de Extranjería y Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, al año 2019 la población extranjera residente en Chile se estimaba en 1.492.522 mil personas, lo que refleja un incremento importante respecto del dato censal de 2017 que consideraba una población extranjera de 784.685 personas (Departamento de Migración y Extranjería, 2020). Claramente estas cifras reafirman el hecho ya enunciado de que Chile ha pasado a ser un destino relevante de la migración internacional en las Américas.

Ya entrando al análisis del dato anterior respecto de los rangos etarios, al menos el 14% de la población extranjera residente en Chile tiene entre 0 y 19 años de edad, lo que contabiliza un total de 209.866 NNA aproximadamente. Esa cifra estimada por las autoridades nacionales puede no coincidir con la realidad y ser más alta pues, entendemos que los datos consultados no incluyen a los NNA migrantes en situación irregular o no son captados por la metodología de la estimación. Es preciso puntualizar que del total de NNA migrantes en Chile, al menos 13.136 son de origen haitiano, lo que debe ser relevado a efectos de visibilizar la complejidad idiomática en la protección de sus derechos.

Estas cifras deben despertar las alertas sobre los desafíos en cuanto a la protección especial de los derechos de los NNA migrantes. Así compartimos lo señalado por Courtis y Lawson:

“La presencia de NNA que llegan al país solos o junto a sus progenitores y/o familiares, la alta proporción de mujeres migrantes - agentes efectivas y potenciales de reunificación familiar - y la concentración de migrantes en edad reproductivas - que tienen y probablemente tendrán hijos en territorio chileno - confrontan al Estado con una realidad instalada que requiere de atención específica: la de la niñez y adolescencia en contexto de migración y asilo” (Courtis & Lawson, 2017, p. 393).

La relevancia de abordar desde una perspectiva crítica el cómo se elabora la política pública migratoria en materia de niñez deviene de una importancia radical para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de adecuación de nuestra legislación a la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, que a pesar de que en nuestro Estado tiene rango de ley de la República, y así debe ser aplicada por los órganos del Estado (Yáñez, 2016), requiere su operativización en clave de la obligación de adecuación, la que es definida como:

“el deber de los Estados Parte de adecuar tanto sus actividades como el ordenamiento jurídico interno con arreglo a las normas internacionales, ello con la finalidad de garantizar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción” (Elizalde & Flores, 2019, p. 55).

O bien como la ha entendido en la específica materia de migración y niñez la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita solo al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 65)”.

Es importante referirse a la intervención sectorial del legislador en materia de niñez y evaluar desde el caso chileno la obligación de adecuación en materia migratoria, pues en el ámbito interno no existe otro marco más que la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior producto de la no dictación hasta la fecha de una ley general de protección de derechos de la niñez, la cual lleva años de tramitación en el Congreso Nacional (Boletín Nº 10.315-18)<sup>3</sup>. A su vez, cabe lamentar que la Cámara de Diputados rechazó en general la posibilidad de establecer el reconocimiento constitucional de los derechos de la niñez en el año 2019 (Boletín Nº 11.700-07) dejando pendiente ver cómo el proceso constituyente en curso en el país pueda generar un cambio en la materia.

Dado todos los antecedentes presentados, el objetivo de este trabajo será analizar el proyecto de ley de migración y extranjería en trámite en el Congreso Nacional desde la perspectiva de la obligación de adecuación a los derechos de la niñez, en tanto, sujetos vulnerables que requieren medidas especiales de protección.

## 2. LA VULNERABILIDAD DE LA NIÑEZ MIGRANTE

Junto con el fortalecimiento del Estado Constitucional y el surgimiento de la positivación internacional de los derechos humanos, con posterioridad a la segunda guerra mundial, en occidente se consolidó el principio de no discriminación. Pero la discriminación, en principio estudiada como fenómeno individual, puede ser de carácter colectivo e incluso su intensidad estar referida a diversas fuentes de la discriminación. Por ello, el enfoque de la interseccionalidad de la discriminación es un fenómeno nuevo, pero a la vez viejo como apunta Fernando Rey, y en mi opinión, explica las circunstancias subyacentes en

---

<sup>3</sup> Que en conjunto al proyecto de ley que crea el Servicio de Protección Especializada de la Niñez (Boletín Nº 12.027-07), el proyecto de ley que crea el Servicio de reinserción social juvenil (Boletín Nº 11.174-07), la ya creada Defensoría de la Niñez y la Subsecretaría de la Niñez vendrían a configurar el sistema de protección integral de la niñez en Chile. Se puede también sumar como otro proyecto de ley que va en dicha línea el que crea un estatuto integral contra la violencia en niños, niñas y adolescentes (Boletín Nº 12.416-31).

el déficit de acceso a derechos, con lo que estamos en presencia del derecho antidiscriminatorio, el cual ha sido insuficiente para describir y dar respuesta a colectivos sociales que viven amenazas de magnitudes que hacen imposible el ejercicio mismo de sus derechos fundamentales y la integración con las sociedades en las que viven. Así se ha descrito con precisión:

“el hecho de pertenecer a uno de estos grupos vulnerables podrá ser motivo para gozar en menor medida de los derechos y garantías fundamentales, -- incluso en casos extremos, el titular derechamente no podrá gozar del respectivo derecho-, sobre todo respecto de un individuo en el que concurren más de un factor de vulnerabilidad (es decir, más de uno de lo mencionados anteriormente enumerados: sexo, género, raza, etnia, edad, etc).” (Jopia & Labbe, 2016, p. 32).

En ese sentido, es el enfoque de las vulnerabilidades el que debe privilegiarse en el estudio de colectivos que sufren discriminaciones interseccionales, pero que, mejor dicho, son vulnerables (así la discriminación interseccional constituiría un tipo de vulnerabilidad).

La vulnerabilidad está dada por la sensibilidad a la exposición de un individuo o grupo humano a una amenaza/riesgo (s), y la referida capacidad del individuo o grupo humano a reponerse de dicha amenaza/riesgo (s), esto último, se denomina resiliencia (Estupiñan-Silva, 2014). Desde hace un tiempo a esta parte, el concepto de vulnerabilidades ha penetrado en la ciencia jurídica desde otras disciplinas, precisamente por su mayor capacidad descriptiva y operativa respecto del mero fenómeno discriminatorio u otros.

Así los deberes de protección especial que se determinan para los Estados respecto de los individuos y grupos humanos sujetos a vulnerabilidad no sólo se agotan en el acceso a derechos o meramente proveerlos, sino que se vinculan al seguimiento institucional y personal de dichos sujetos con el fin de que reconstruyan sus proyectos de vida y puedan comenzar una experiencia diferente en el respeto y goce de sus derechos. El alcance en este sentido del enfoque de las vulnerabilidades es el de generar políticas públicas resilientes para los sujetos de derecho objeto de la necesaria protección especial.

Por ello, coincidimos con Fineman en que el enfoque de las vulnerabilidades es una respuesta adecuada a las debilidades del modelo liberal de la igualdad, toda vez que las respuestas individuales (en el marco de la teoría de los derechos, y en especial, de los derechos sociales) no son efectivas para disminuir la sensibilidad y las condiciones que aumentan el riesgo de exposición constante a amenazas, de ahí que la respuesta proteccional más eficaz está dada por la creación de políticas públicas (Fineman, 2010, p. 254). En definitiva, el deber de protección especial está dado por la elaboración de políticas públicas que permitan el goce efectivo de derechos de los colectivos vulnerables, como es el caso de la niñez migrante.

## **2.1. Deberes especiales de protección para la niñez migrante**

Como hemos adelantado, de la condición de vulnerabilidad se derivan deberes especiales de protección tal como se ha definido a nivel interamericano:

“La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 103).

A su vez el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Sobre dichos deberes de protección la Corte ha sostenido que se fundamentan en la situación específica en la que se encuentran los NNA tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 54). Lo anterior ha encontrado un eco relevante en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el proceso de especificación de los mismos respecto de determinados colectivos que sufren vulnerabilidad. De ello ha derivado la necesidad de adoptar instrumentos vinculantes para reafirmar esa protección a grupos específicos de la población atento la persistente y sistemática violación de sus derechos, como ha sido el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Morlachetti, 2014, p. 24).

Sobre los NNA en situación de migración podemos sostener que poseen una condición de agravada vulnerabilidad producto de su situación específica de niños/as y de migrantes. Lo que ha sido descrito con claridad por la Observación general conjunta núm. 3 del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares y núm. 22 del Comité de los derechos del niño:

“En el contexto de la migración internacional, los niños pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración que: a) son ellos mismos migrantes, ya sea solos o con sus familias; b) nacieron de padres migrantes en los países de destino; o c) permanecen en su país de origen mientras uno o ambos padres han migrado a otro país. Otras vulnerabilidades pueden estar relacionadas con su origen nacional, étnico o social; género; orientación sexual o identidad de género; religión; discapacidad; situación en materia de migración o residencia; situación en materia de ciudadanía; edad; situación económica; opinión política o de otra índole; u otra condición.”

En síntesis y siguiendo a Ceriani, García y González desde una perspectiva fáctica:

“las circunstancias en que se encuentra la mayoría de NNA migrantes o hijos/as de migrantes son de elevada vulnerabilidad. Tanto las causas que llevan a su migración como las diferentes restricciones, peligros o abusos a sus derechos en países de tránsito y destino, conforman un panorama complejo que se agrava en el caso de NNA no acompañados, particularmente si están en situación migratoria irregular. El viaje en solitario por parte de NNA, en muchos casos de corta edad, sumado a la de la inexistencia de canales regulares y seguros de migración, los expone a una multiplicidad de situaciones de abuso o persecución, los que como se mencionó, combinados con otras categorías, tales como la edad, el género, clase social y etnicidad, dan como resultado formas particularmente graves de desprotección y riesgo a su vida e integridad física.” (Ceriani, García, & González, 2014, p. 12).

Así la niñez migrante es un colectivo vulnerable por su condición personal de niño o niña y por la situación específica de migrante. De ambas se derivan necesidades especiales de protección que el Estado debe brindar mediante políticas públicas sectoriales que tengan por objeto y finalidad provocar el cese de las amenazas que los hacen vulnerables (o reducirlas), y permitir el desarrollo normal de sus proyectos de vida. Es el deber del Estado otorgar e implementar las especiales medidas de protección mediante la operativización del deber de adecuación contenido en la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 4.

Lo anterior, en clave del enfoque de vulnerabilidades, ha sido entendido se cumple por los órganos de supervisión de Naciones Unidas de la siguiente forma:

“a fin de hacer efectivos los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, los elementos siguientes deben formar parte de las políticas y prácticas que se elaboren y apliquen: a) políticas amplias, interinstitucionales, entre las autoridades encargadas del bienestar y la protección infantil y otros órganos decisivos, en particular con respecto a la protección social, la salud, la educación, la justicia, la migración y las cuestiones de género, y entre las administraciones regionales, nacionales y locales; b) recursos suficientes, incluidos recursos presupuestarios, con miras a asegurar la aplicación efectiva de las políticas y programas; y c) una capacitación continua y periódica de los funcionarios encargados de la protección infantil, la migración y cuestiones conexas acerca de los derechos de los niños, los migrantes y los refugiados y acerca de la apatridia, incluida la discriminación interseccional.” (Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares; Comité de los Derechos del Niño, 2017, párr. 18).

Solo generando políticas que contemplen lo anterior se podrá ir reduciendo las amenazas a las que se ve expuesta la niñez migrante y se dará cumplimiento a lo establecido en la ya referida Convención sobre los Derechos del Niño en el ámbito nacional.

Para finalizar este punto y proceder al análisis de la propuesta de reforma legal en trámite en Chile, enunciaremos los instrumentos de derecho internacional disponibles en el Sistema Universal e Interamericano que contienen estándares relevantes para el operador jurídico nacional a la hora de implementar el deber legal e internacional de adecuación en clave del enfoque de vulnerabilidades que hemos revisado:

- Observación general conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional de 17 de enero de 2018.
- Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno del 17 de enero de 2018.
- Opinión Consultiva Nº 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Derechos y Garantías de niñas y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional de 19 de agosto de 2014.
- Pronunciamiento del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en favor de los principios recomendados para orientar las acciones relativas a los niños en tránsito y otros niños afectados por la migración de junio de 2016.
- Observación general Nº 6 del Comité de los Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados o separados de sus familias fuera de su país de origen del año 2005.

### 3. COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL EN CHILE

Corresponde a este trabajo dar cuenta del contenido del proyecto de ley de migraciones y extranjería en trámite en el Congreso Nacional y observarlo desde el deber de adecuación que se deriva del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Actualmente, el proyecto de ley de migración y extranjería Boletín Nº 8970-06 está terminando su segundo trámite constitucional en el Senado, sin embargo, este artículo está actualizado al debate legislativo del proyecto con fecha 16 de enero de 2019 que coincide con la conclusión de su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Lo anterior, pues a la fecha de redacción de este trabajo aún no hay un texto normativo definitivo que de cuenta de su segundo trámite constitucional<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Para revisar otro trabajo similar desde otra perspectiva y que utiliza los avances del proyecto en su segundo trámite constitucional: (Díaz, 2019).

### 3.1. Regulaciones sobre niñez que incorpora la propuesta de reforma legal

Antes de entrar en cada uno de los contenidos a desarrollar, corresponde señalar que el ámbito de aplicación del proyecto de ley, según el artículo 2°, sería extensible a los migrantes y a sus familias. Esto, a su vez, es coherente con la definición de “dependiente” que se contiene en el artículo 1° que establece la posibilidad que un extranjero postule a un permiso de residencia en virtud de su relación de parentesco con un titular de un permiso.

El proyecto de ley hace alusión a los NNA, originalmente denominados menores<sup>5</sup>, en materias referentes a derechos humanos, acceso preferente a prestaciones públicas, postulación a categorías migratorias, y normas especiales de ingreso y egreso del país. A continuación, paso a detallar lo señalado:

**Regulación migratoria y derechos de la infancia.** Se destacan las disposiciones del Párrafo II sobre “Derechos y obligaciones de los extranjeros” del Título II del proyecto de ley. Este párrafo II comienza con el artículo 9° que declara la igualdad de derechos y obligaciones de todo extranjero en territorio nacional, y estableciendo que un deber del Estado es garantizar y velar por el cumplimiento de los derechos y obligaciones consagradas en la Constitución Política de la República.

En este último punto, sería necesario explicitar aún más los derechos de la infancia que derivan de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes. A pesar de lo anterior, se regulan por el proyecto dos derechos especiales y propios de los migrantes, como son el derecho de reunificación familiar y el derecho a enviar y recibir remesas, consagrados en los artículos 14 y 15 respectivamente. En este sentido, el artículo 14 sobre reunificación familiar, hace mención explícita a los hijos menores de edad y en general a todo NNA que se encuentre bajo cuidado personal, tutela o curaduría del titular de un permiso de residencia.

**Acceso preferente a prestaciones públicas.** En este aspecto se destacan dos disposiciones del proyecto que reconocen el acceso preferente de los NNA migrantes, tanto a la atención de salud (artículo 11), y el acceso a la enseñanza, preescolar, básica y media (artículo 13). Ambos derechos se garantizan en todas las circunstancias, y no podrán ver restringido su acceso, siendo razonable apuntar que también su ejercicio, a causa de su condición migratoria irregular o la de cualquiera de sus padres. Sin duda, un aspecto positivo del proyecto.

---

<sup>5</sup> En sesión celebrada el 3 de Julio de 2018, en Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputados, fue aprobada por unanimidad la indicación presentada por las diputadas Cicardini, Hernando, Parra, Catalina Pérez, Joanna Pérez, y diputados Saldivar y Velásquez. Esta indicación consistía en cambiar el término “menores” por “niño, niña y adolescentes” en todo el articulado del proyecto con el fin de generar coherencia con la Convención sobre los Derechos del Niño.

**Postulación especial a Categorías Migratorias.** Antes de entrar a mencionar las normas especiales sobre la materia referidas a NNA migrantes, cabe resaltar la definición de Categorías Migratorias, que según el proyecto son “tipos de permisos de residencia o permanencia en el país a los cuales pueden optar los extranjeros”.

Entrando a las categorías migratorias, una fórmula que sobresale en el proyecto es la forma de postulación de los niños, niñas y adolescentes a un permiso de residencia. En primer lugar, está la calidad de dependiente, en cuya virtud un extranjero adquiere la posibilidad de optar a un permiso de residencia debido a su relación de parentesco, lo que es explícito en el caso del Permiso de Residencia Oficial (artículo 52); el Permiso de Residencia Temporal (artículo 65); el Permiso de Residencia Definitiva (artículo 70); y la nacionalización, que incluye el caso de adopción (artículo 76). Queda la duda respecto al caso del permiso de Permanencia Transitoria, ya que, el proyecto no alude a menores de edad o relaciones de parentesco y deriva la regulación de subcategorías migratorias transitorias por vía reglamentaria. En segundo lugar, existe una disposición general aplicable a las categorías migratorias del Título IV del proyecto, que contenida en el artículo 33 establece una forma especial de postulación de los NNA a los permisos de residencia o permanencia. De esta forma, se establece que las solicitudes y prórrogas deberán ser solicitadas por sus padres, guardador o persona encargada del cuidado personal del menor. En este sentido, no queda clara la hipótesis de un NNA que concurre en la solicitud sin representante legal, y cuál debiera ser la respuesta de la autoridad administrativa, considerando un abanico amplio de posibilidades, incluyendo el retorno asistido en caso de condición migratoria irregular (art. 128 del proyecto), retorno asistido, que tal como está regulado actualmente en el proyecto parece ser una opción obligatoria para la Administración, derivando en graves consecuencias e indefensión para los NNA.

**Ingreso y Egreso especial de NNA.** En primer lugar, en términos generales, el proyecto de ley introduce requisitos, prohibiciones imperativas y facultativas, y regula normas especiales, entre las que se encuentran los requisitos de ingreso y egreso para NNA. Cabe considerar que, dentro de los requisitos generales de ingreso y egreso, se establece que “la entrada y salida de personas al territorio nacional, deberán efectuarse por pasos habilitados, con documentos de viaje y sin que existan prohibiciones legales” (artículo 18). En este sentido, los requisitos para menores de edad regulados en el artículo 22, añaden respecto al ingreso que los NNA deberán ingresar al país acompañados de sus padres, guardador o persona encargada del niño. A raíz de esto también aplica alternativamente una autorización escrita de los representantes mencionados, del tribunal o la autoridad competente, estableciéndose requisitos formales para dicho documento. Finalmente, en el caso del ingreso al país, si el NNA no cumple con representación o autorización requeridas, la autoridad deberá proceder con el retorno asistido.

Con relación a esto último, el proyecto establece el retorno asistido de NNA en el artículo 128, el cual será dictado mediante resolución administrativa exenta del trámite de toma de razón. En este acto administrativo se debe establecer un plazo de prohibición de ingreso al país, lo que es similar al polémico caso de la operación retorno para migrantes -especialmente- haitianos, promovido por el Gobierno en 2018, y en

cuyo caso se estableció una prohibición de 9 años de ingreso al país, lo que es lesivo, discriminatorio y sumamente cuestionable desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida restrictiva. Además, se delega a un reglamento el regular las condiciones de implementación del procedimiento.

Por último, en el caso de egreso o salida del país de niños, niñas y adolescentes, sean chilenos, migrantes o extranjeros según la indicación del Ejecutivo que modifica el inciso 3° del artículo 22 del proyecto, se establecen los mismos requisitos de ingreso. Entonces, los requisitos de egreso podrían enunciarse como pasos habilitados, documentos de viaje, inexistencia de prohibiciones, acompañados por sus representantes o autorizados por éstos, el juez o la autoridad de protección de menores. La denegación de autorización por las personas y autoridades señaladas, es recurrible ante tribunales de justicia, y deberá siempre garantizarse el interés superior del niño, niña o adolescente.

Esta regulación es profundamente lesiva de los derechos de los NNA en situación de movilidad humana, a partir de una categoría general del derecho migratorio que se propone instaurar, pues no considera la condición de vulnerabilidad de la niñez migrante y se puede derivar en graves vulneraciones de derechos a niños y niñas individualmente considerados.

### **3.2. Algunas infracciones al deber de adecuación por parte de la propuesta de reforma legal en materia migratoria en Chile**

La primera refiere a la indefensión de niños, niñas y adolescentes migrantes en procedimientos administrativos regulados por el proyecto. La aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente exige consideraciones especiales para la garantía de un debido proceso, como el nombramiento de un/a abogado/a que defienda sus derechos. En este punto, se presentó indicación sobre la materia en Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, pero, ésta se declaró inadmisibles por generar gasto fiscal, aludiendo a que se debería colocar un traductor para cada niño o niña que cruce la frontera (punto hecho por el Subsecretario del Interior de aquel entonces, Rodrigo Ubilla). Esta objeción es absurda y no considera o concilia el rol que puedan desempeñar los mismos funcionarios del nuevo Servicio Nacional de Migraciones, la nueva institucionalidad de infancia u organizaciones defensoras de derechos humanos o de migrantes. En este sentido, una norma imperativa o de garantías no necesariamente generará gasto para el Estado si puede ser desempeñada por funcionarios de la institucionalidad migratoria, de otras entidades o por las organizaciones o fundaciones privadas que funcionen en el Consejo de Organizaciones de la Sociedad Civil (COSOC), que por Ley N°20.500 debe estar presente en todo órgano de la Administración del Estado, y cumpliendo una función no remunerada. No debe dejarse al arbitrio de la autoridad administrativa la suerte de la niñez migrante, considerando que el proyecto guarda silencio en esta materia, y solo menciona el principio citado en el artículo 4°, y reitera normas de capacidad de ejercicio en el artículo 29, pero no son aplicables en caso que el niño o niña migrante no esté acompañada por un adulto, aplicando el retorno asistido. Preocupan especialmente las garantías de niños, niñas y adolescentes frente al procedimiento administrativo, como el conocimiento y reclamación de actos administrativos migratorios.

Al respecto, cabe tener presente la total infracción en que incurre el proyecto de ley respecto del estándar que en esta materia establecen los órganos de supervisión de Naciones Unidas:

“Los niños deben poder presentar denuncias ante los tribunales de justicia, los tribunales administrativos u otros órganos de menor rango a los que puedan acceder fácilmente por ejemplo en instituciones de protección de la infancia y la juventud, escuelas e instituciones nacionales de derechos humanos, y deben poder recibir asesoramiento y representación adecuados a ellos de profesionales que tengan un conocimiento especializado de la infancia y de las cuestiones relativas a la migración cuando se violen sus derechos. Los Estados deben aplicar políticas uniformes para orientar a las autoridades a fin de que puedan ofrecer asesoramiento y representación legal gratuita y de calidad a los niños migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, incluida igualdad de acceso para los niños no acompañados y separados de sus familias que estén bajo el cuidado de las autoridades locales, y los niños indocumentados.” (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño, 2017, párr. 16).

La segunda infracción que he decidido relevar se refiere a la no incorporación en el proyecto de ley de un procedimiento para la determinación de necesidades y medios especiales de protección de la niñez migrante. Es de todo sentido que en virtud de la vulnerabilidad de los NNA sea prudente que la Administración del Estado verifique la presencia de riesgos agravados de eventuales vulneraciones de derechos, y ello debe efectuarse en la primera oportunidad en que el Estado toma contacto con el NNA, pues de lo contrario la cronificación de la vulnerabilidad y de la violación de derechos será potencial, e imposibilitará que el Estado adopte medidas eficaces de protección y restitución de derechos respecto de los NNA sujetos a su jurisdicción.

En este sentido, se puede resaltar como las entrevistas o evaluaciones iniciales son un medio idóneo y eficaz para considerarse como el primer paso de la acción estatal hacia la protección de la niñez en situación de movilidad humana.

Este procedimiento es un mandato consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva N° 21 y en la observación general N° 6 del Comité de los Derechos del Niño (Benítez, 2014, p.125). Su total inexistencia en el proyecto de ley de migración y extranjería es una omisión del legislador de suma gravedad, y debe ser incorporada pues, de lo contrario conducirá, a que todo esfuerzo del Estado sea ineficaz y dejará en indefensión a la niñez migrante en nuestro Estado y expuesta a situaciones como la aplicación del art. 128 del proyecto (retorno asistido) que claramente de ser aplicadas sin este procedimiento de evaluación inicial redundará en violaciones de derechos de la niñez.

Al respecto, cabe tener presente lo dispuesto el párrafo 32 h) de la siguiente observación general conjunta:

“Velar por que se detecte rápidamente a los niños en los controles de fronteras y otros procedimientos de control de la migración dentro de la jurisdicción del Estado, y por que toda persona que afirme ser un niño sea tratada como tal, derivada rápidamente a las autoridades encargadas de la protección infantil y otros servicios pertinentes, y se le designe un tutor, si está separada o no acompañada” (Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares; Comité de los Derechos del Niño, 2017).

#### 4. CONCLUSIONES

La vulnerabilidad consiste en la exposición a un riesgo o amenaza respecto de la cual el individuo o colectivo no es capaz de recuperarse sin la intervención de la política pública para lograr la resiliencia y permitir una experiencia de goce efectivo en los derechos, dicha política pública debe siempre partir desde el respeto al sujeto de derechos. En el caso de la niñez migrante, se encuentra sometida a una agravada condición de vulnerabilidad de la que se derivan deberes o medidas especiales de protección que son esenciales para lograr la primacía del principio del interés superior del niño en la realidad, en tanto, derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma de procedimiento. De lo expresado en este trabajo cabe sintetizar algunas conclusiones:

- Del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño existe un deber legal para el legislador chileno de incorporar medidas especiales de protección en la legislación migratoria que permitan un goce efectivo de los derechos por parte de los NNA (deber de adecuación).
- Del texto emanado del primer trámite constitucional del proyecto de ley de migración y extranjería detectamos dos grandes elementos ausentes que infringen el deber de adecuación: 1. Indefensión jurídica en los procedimientos administrativos de NNA en situación migratoria; 2. No incorporación de la entrevista inicial de NNA en fronteras o controles migratorios para detectar necesidades especiales de protección.
- Ambas ausencias de no ser subsanadas en el restante trámite legislativo, contribuirán a la cronificación de vulneraciones de derechos y existirá omisión legislativa de adoptar medidas especiales de protección respecto de NNA.

#### Bibliografía

- Acuerdo Nacional por la Infancia. (2018). Los niños primero. Recuperado el marzo de 2020, de Mesa de trabajo para un acuerdo nacional por la infancia: <https://losninosprimero.gob.cl/>
- Benítez, R. (2014). Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Cuadernos Manuel Giménez Abad(8).

- Cepeda, S. (2019). ¿Es posible la protección de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? *Revista Señales*, XIII(21), 4-18.
- Ceriani, P., García, L., & González, A. (2014). Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe. *Revista Interdisciplinaria Movilidad Humana*(42), 9-28. <https://doi.org/10.1590/S1980-85852014000100002>
- Comité de los Derechos del Niño. (2018). Informe de la Investigación relacionada en Chile conforme al artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores migratorios y sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño. (2017). Observación General conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité de los Derechos del Niño. (2017). Observación general conjuntas núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva OC-17/02.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Ximenes Lopes vs. Brasil*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
- Courtis, C., & Lawson, D. (2017). Derechos y garantías de la niñez en contexto de migración y asilo. En A. Quesille, *Constitución Política e Infancia* (pág. 393). Santiago de Chile: Unicef.
- Departamento de Migración y Extranjería. (2020). Estimación de personas extranjeras residentes en Chile. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Departamento de Migración y Extranjería, Santiago de Chile.
- Díaz, R. (2019). Revisión de los estándares internacionales sobre protección a la niñez migrante y su incorporación en la nueva ley de migraciones. *Revista Señales*(21), 100-113.
- Elizalde, R., & Flores, N. (2019). La responsabilidad internacional del Estado mexicano, respecto del maltrato a las niñas, niños y adolescentes. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*(17), 49-61. <https://doi.org/10.4995/reinad.2019.11782>

- Estupiñan-Silva, R. (2014). La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología. En L. Burgogue-Larsen, A. Maués, & B. Sánchez, *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas* (págs. 193-231). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Fineman, M. (2010). The vulnerable subject and the responsive State. *Emory Law Journal*, 60.
- Galdámez, L. (2013). Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2273-12-INA sobre Inaplicabilidad de normas del D.L N° 1.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N° 2257-12-INA. *Estudios Constitucionales*, 11(2), 769-782. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200021>
- González, F. (2013). El sistema interamericano y los derechos de los migrantes. En *Migraciones, conferencia internacional sobre migraciones y derechos humanos: estándares y prácticas*. Santiago de Chile: Editorial aún creemos en los sueños.
- Jopia, V., & Labbe, N. (2016). Discriminaciones múltiples una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos: El caso de las mujeres migrantes. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Morlachetti, A. (2014). La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos. En L. Burgogue-Larsen, A. Maués, & B. Sánchez, *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas* (págs. 21-42). Barcelona : Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Yáñez, M. (2016). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables. *Revista Derecho del Estado*(37), 229-254. <https://doi.org/10.18601/01229893.n37.08>