



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Carrera de Derecho

**“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE
MIGRANTE EN SITUACION DE CALLE”**
En Chile

María Catalina Araya Araya

2022



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

**“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE
MIGRANTE EN SITUACION DE CALLE”**
En Chile

“Memoria presentada en conformidad a los requisitos para obtener el grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas”.

Profesora Guía: Doctora Gabriela Prado Prado.
María Catalina Araya Araya.
Año 2022.

AGRADECIMIENTOS

A todos aquellos niños, niñas y adolescentes que producto de la migración, han encontrado un Estado ausente que propende callar todas aquellas vulneraciones de las que son parte desde el instante en que pisan el país, frente a una infancia y desarrollo que debe ser protegida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I: DISPOSICIONES QUE ACTUALMENTE REGULAN LA NIÑEZ MIGRATORIA EN CHILE	8
1. Ámbito Internacional.....	8
1.1 Convención sobre los Derechos del Niño.....	9
1.2 Comité de los Derechos del Niño.....	12
2. Ámbito Nacional	13
2.1 Política Nacional de Niñez y Adolescencia	13
2.2 Ley 21.325: Ley de Migración y Extranjería.....	17
2.3 Ley 21.430: Sobre garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.	21
CAPITULO II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	24
1. Antecedentes	24
1.1 Historia del “Interés Superior del Niño” anterior a la Convención	24
1.1.1 Francia.....	24
1.1.2 Italia	25
1.1.3 Reino Unido	25
1.2 Concepto “Interés superior del niño”	27
2. Consideraciones en la Convención	29
2.1 Interpretaciones	31
2.1.1 Como derecho sustantivo	31
2.1.2 Como principio jurídico interpretativo	32
2.1.3 Como norma de procedimiento	32
3. Análisis jurídico del artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	33
3.1 “En todas las medidas concernientes a los niños”	33
3.2 “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”.....	34
3.3 “El interés superior del niño”	34
3.4 “Una consideración primordial que se atenderá”	35
4. Función en el marco de la Convención	35
4.1 Función Garantista	35
4.2 Función Interpretativa	36
4.3 Función integradora.....	36
5. Elementos a tener en cuenta al evaluar el interés superior del niño.....	36
5.1 La opinión del niño.....	37
5.2 La identidad del niño	38
5.3 La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones	38
5.4 Cuidado, protección y seguridad del niño	39

5.5 Situación de vulnerabilidad	40
5.6 El derecho del niño a la salud	41
5.7 El derecho del niño a la educación	42
6. El interés superior del niño, niña, adolescente en contexto migratorio.....	43
CAPITULO III: RECEPCIÓN EN EL DERECHO CHILENO DE LA CONVENCION	
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU INTERÉS SUPERIOR	45
1. Consumación en la legislación chilena de los derechos desprendidos del interés superior del niño en atención a la niñez migrante en situación de calle.	45
1.1 Derecho a expresar su opinión	45
1.2 Derecho a preservar su identidad	47
1.3 Derecho a la preservación de su entorno familiar y mantenimiento de las relaciones	49
1.4 Derecho al cuidado, protección y seguridad	51
1.5 Situación de vulnerabilidad	53
1.6 El derecho del niño a la salud	55
1.7 El derecho del niño a la educación	57
2. Mecanismos de protección que otorga la legislación frente a vulneraciones de los derechos de los niños migrantes	59
3. Mecanismos jurídicos de derecho internacional ante eventuales incumplimientos.	62
3.1 Comité de los Derechos del Niño.....	62
3.1.1 Mecanismos para realizar las denuncias	63
3.1.1.1 Individual.....	63
3.1.1.2 Investigaciones	63
3.1.1.3 Comunicaciones entre Estados	63
3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos	64
3.2.1 Caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia	66
3.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	68
CONCLUSIÓN	71
BIBIOGLAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis se concentra en el interés superior del niño, niña y adolescente que se encuentra en situación de migrante (ya sea regular o irregular), y como a raíz de aquello eventualmente se puedan ver afectados sus derechos por el hecho de establecerse en un país ajeno al suyo, realizando su diario vivir en las calles.

Primeramente se realizará una exposición de cuáles son las disposiciones que a nivel legislativo Chile ha implementado para regular la niñez migratoria, encontrando tres normas fundamentales que se ocupan de esta materia, estableciendo la materialización de diversas áreas en las que el país no había puesto el foco. Además se verá la Convención sobre los Derechos del niño el cuál ha sido el principal tratado a nivel internacional que ha ratificado el país sobre esta materia, el que además de establecerse como una base respecto a la protección y resguardo de los derechos de los menores migrantes, da origen a principio fundamentales, entre los cuales se encuentra el interés superior.

Posterior a ello, se entrará de lleno al desglose de este principio fundamental y cuál es el tratamiento que posee dentro del mismo tratado, en donde para entender como la Convención ha llegado a establecerlo a nivel de principio, se debe ver cuál es su origen, las interpretaciones que han surgido a partir de aquello y con una visión más objetiva, cual es el análisis que ha realizado el órgano complementario a la Convención, que es el Comité de los Derechos del Niño y los elementos que ha rescatado a partir de aquello. Desde ese punto se lograrán establecer cuáles son las funciones que se le han atribuido a este concepto dentro de la doctrina, vinculando todas estas nociones al contexto migratorio que se está analizando.

Continuando, se analizarán los derechos que se desprenden del interés superior del niño, niña y adolescente establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y como ellos han sido regulados por la legislación Chilena, a partir de las tres disposiciones que regulan la niñez migratoria, y como se ha materializado en la

realidad, en donde se verá si realmente han tenido aplicación práctica o si bien, el país no ha dado el ancho respecto a las obligaciones internacionales contraídas sobre esta materia y los está vulnerando.

Los mecanismos de protección son en gran medida la forma de poder asegurar que los derechos no se vean vulnerados, y que, en caso de ser así serán aquellos que establecerán la manera de poner en movimiento a los diferentes órganos encargados y autoridades competentes, para que actúen de manera oportuna frente a los casos que lleguen a su conocimiento. Por ello, se comprenderá cual o cuales son los mecanismos que establece la legislación chilena frente a vulneraciones de las que estén siendo víctimas los menores en situación migratoria, sobre todo aquellos que se encuentran por diferentes motivos, desarrollando su día a día en las calles, con o sin un adulto a su cuidado.

Se desarrollará un análisis de uno de los más importante tribunales en materia de protección de derechos humanos, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos; qué clase de tribunal es, cuáles son sus funciones y cómo un caso logra escalar a conocimiento de ella. Asimismo, se presentará un caso relativo a la materia tratada, percibiendo de qué manera ha tratado la Corte la migración en donde posee como víctimas a tres menores de edad.

Finalmente se presentará una pequeña mirada a nivel europeo a través del Tribunal Europeo, y como este ha reconocido la Convención sobre los Derechos del Niño, como un tratado de gran relevancia, en donde, se expondrá un caso de vulneración del derecho al respeto a la vida familiar, y como se ha abordado por el mismo, para de esta manera lograr tener un enfoque completo respecto a la importancia de respetar los derechos de los menores que se encuentran en condición de migrantes.

CAPITULO I: DISPOSICIONES QUE ACTUALMENTE REGULAN LA NIÑEZ MIGRATORIA EN CHILE

En Chile mucho se ha discutido respecto de la poca protección y regularización que tienen los niños, niñas y adolescentes en nuestra legislación, en el ámbito de la puesta en práctica de sus diversos derechos; no ha sido diferente respecto a la situación migratoria que presentan en razón a su estadía en el país, en donde ha quedado al debe respecto de la protección integral y propia que requieren todos aquellos menores que ingresan y son vulnerados desde ese mismo momento, ya que el país a pesar de contar con disposiciones concretas que tiendan a su salvaguarda, al momento de tomar acciones concretas para el ejercicio de las mismas, queda al debe, sobre todo de aquellos que al no poder tener la posibilidad de elección ni opinión respecto a su permanencia en el mismo, debido a que en la gran mayoría de los casos, ingresan junto a sus padres, adoptando la misma situación migratoria que ellos, en donde en lo relativo a aquellos que realizan su vida cotidiana en las calles, por regla general mantienen una situación migratoria irregular, imposibilitándolos a poder tener conocimiento primero, cuales son los derechos con los que gozan, y segundo como requerir que se materialicen.

1. Ámbito Internacional

Anterior a todas las normativas de especial pronunciamiento en materia de niñez migratoria, Chile solo contaba con un marco general en lo relativo a la protección y regularización enfocada en la infancia, la cual es la “Convención sobre los derechos del Niño”, cabe recalcar que se trata de un instrumento internacional, ratificado por Chile y vigente hasta el día de hoy, en donde se toma como punto de partida para los posteriores aparatos que tiendan a cumplir los diferentes estándares propuestos por la misma.

Con ello se adopta una medida de especial consagración en el sistema toda vez, que permite al Estado y sus entidades públicas poseer y comenzar a implementar nuevos esquemas con énfasis en la comprensión del niño frente a su situación de vulnerabilidad

e incertidumbre, asimilando nuevos desafíos para una real inserción de los menores en la legislación.

1.1 Convención sobre los Derechos del Niño

Es un instrumento internacional aprobado el 20 de Noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que nace posterior a que en 1948 la Organización de las Naciones Unidas proclamara que los niños, niñas y adolescentes son sujetos que requieren de un cuidado especial con la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, y que en 1959 se aprobara la cual consistía en 10 artículos, no estableciéndose como obligación legal para aquellos países que la firmasen.

Este texto cuenta con 54 artículos, los cuales se dividen en tres partes fundamentales. La primera parte, se encuentra configurada por 41 artículos en donde se hace mención de cada uno de los derechos que posee el NNA; continuando en la segunda parte, la cual va desde el artículo 42 al 45, los cuales estipulan la aplicación de la Convención a los países que la han firmado y ratificado, y, finalmente la tercera parte, que se conforma a partir del artículo 46 al 54, viniendo a señalar la entrada en vigor de la Convención en los Estados que la ratifiquen. A partir de aquello no solo se reconoce a los NNA como sujetos de derecho, sino que también se le otorga la responsabilidad a los adultos de velar por su efectivo cumplimiento, y además, obliga a los Estados firmantes a garantizar la protección a la infancia.

La Convención sobre los derechos del Niño -desde ahora CDN o Convención- ha sido ratificada por 196 Estados Parte de la Convención. Lo cual ha llevado a que sea uno de los tratados sobre derechos humanos que más rápidamente ha sido ratificado y a la que más países se han adherido. Sin embargo, algo no menor que distinguir, es que

uno de los Estados que aún no ha ratificado la Convención, pero que ha expresado su intención de hacerlo, es Estados Unidos¹.

Chile por su parte, ratifica este convenio el día 14 de Noviembre del año 1990, comprometiéndose de esta manera a proteger, respetar y cumplir con los derechos allí establecidos, incluyendo el cambio, o bien, adopción de políticas y normativas que se requieran para la prospera aplicación y efectividad de las disposiciones en el acuerdo.

La CDN establece en sus articulados los diferentes derechos que le asisten a todo NNA, basados en cuatro principios fundamentales, los cuales son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y, por último la participación y respeto por la opinión de las niñas y niños.

La principal función que tiene es la promoción en el mundo de los derechos de los niños y niñas, cambiando de esta manera la concepción misma de infancia, reconociendo de este modo que, a diferencia de los adultos, todas aquellas personas menores de 18 años, necesitan de protección y atenciones especiales, motivando así la consolidación en las legislaciones nacionales la consideración de los derechos y desarrollo de la infancia, y así, todos los NNA se beneficien de las medidas especiales, crezcan en un ambiente libre de violencia, se mantengan informados sobre la manera en la que pueden alcanzar y ejercer sus derechos, además de participar en el proceso de una manera accesible y activa².

En ese sentido centrándonos en el tema, se debe establecer quién o quienes son los sujetos de protección a estudiar, es decir, los niños, niñas y adolescentes migrantes.

¹ Good Neighbors Chile, “*Derechos del Niño y de la Niña*”. Disponible en: https://goodneighbors.cl/derechos-del-nino-nina-chile/?campaignid=12312605185&adgroupid=123333918891&adid=497806681377&gclid=Cj0KCQjw4omaBhDqARIsADXULuUxeXCpLLjWZ1slyW6TDdhw4OxR3WFDL7jUo0V0JlnfPG-5hRQAmzUaAnqLEALw_wcB. [Fecha de consulta: 09 de Octubre 2022]

² UNICEF. “*Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos*”. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-tienen-derechos#:~:text=Chile%20ratific%C3%B3%20este%20convenio%20internacional,en%20decisiones%20que%20les%20afecten>. [Fecha de consulta: 09 Octubre 2022].

Desde la perspectiva de la CDN niño es “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”³. A continuación, el concepto de “migrante”, no ha sido establecida por el derechos internacional, pero, migración ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como “*el desplazamiento desde un territorio de un Estado hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo. Se refiere a cualquier movimiento de población, independientemente de su tamaño, composición o causas*”⁴, por otro lado, en el ámbito nacional, el Instituto Nacional de Estadísticas como “*los cambios de residencia de las personas desde un lugar a otro, cruzando los límites geográficos*”⁵.

Ahora bien, una conceptualización que no se debe olvidar es la situación de vulnerabilidad que implica vivir en la calle, en donde la Política Nacional de Calle del Ministerio de Desarrollo Social, lo ha hecho uso de una definición que ha sido consensuada en la Mesa Nacional de Calle y Mesas Técnicas Regionales, señalando que son aquellas “*personas que pernoctan en lugares públicos o privados, sin contar con una infraestructura que pueda ser caracterizada como vivienda, aunque ésta sea precaria. Se excluye de este grupo a quienes habitan en campamentos*”⁶, también aquellas “*personas que carecen de un alojamiento fijo, regular y adecuado, pero encuentran residencia nocturna y temporal, pagada o gratuita, en lugares dirigidos por entidades públicas o*

³ UNICEF, “*Convención sobre los Derechos del Niño*”. Nueva York, 20 de noviembre 1989.

⁴ Organización Internacional para las Migraciones, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos, “*Derechos humanos de personas migrantes: Manual Regional*”, 2017. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>; pág.20. [Fecha de consulta: 09 octubre 2022].

⁵ Estadísticas, Instituto Nacional de Migración. Disponible en: <https://www.ine.cl/ineciudadano/definiciones-estadisticas/poblacion/migracion>. [Fecha de consulta: 09 octubre 2022].

⁶ Ministerio de Desarrollo Social, Oficina Nacional de Calle, Chile avanza con todos, “*Política Nacional de Calle: Una estrategia para la inclusión de las personas en situación de calle*”, 2011, p. 11. Disponible en: https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/politnac_calle.pdf. [Fecha de consulta: 10 octubre 2022].

privadas. Pertenecen a este grupo quienes alojan en residencias y hospederías, sean solidarias o comerciales”⁷.

Por ende, se comprenderá como NNA migrante en situación de calle a todo ser humano que no haya cumplido aún la mayoría de edad (en este caso 18 años), que por un lado se haya desplazado de un territorio a otro, pudiendo ser dentro del mismo Estado, careciendo de un lugar que pueda ser considerado como residencia, haciendo su vida en lugares públicos o privados, los cuales carecen de las características para que pueda ser considerado una vivienda.

1.2 Comité de los Derechos del Niño

Es un órgano que viene trabajando desde 1991, conformado por 18 expertos independientes, de distintas nacionalidades, entre sus principales tareas se encuentra la supervisión de la aplicación de los Estados firmantes de la Convención, como también la aplicación de los protocolos facultativos de la misma, tendientes a la participación de niños en los conflictos armados, la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, así como también en lo relativo a un procedimiento de comunicaciones (todos ellos ratificados por el Estado de Chile, con excepción de este último). También una labor fundamental que realizan es la de interpretar el contenido relativo a las disposiciones sobre derechos humanos, publicando dicha interpretación como “observaciones generales”.

Los Estados partes, sin excepción alguna deben presentar al Comité informes de carácter periódicos, que den cuenta, de qué manera se están ejercitando los derechos, por ende, primeramente deben presentar un informe inicial al momento de su adhesión a la CDN, luego nuevamente dos años después, para posteriormente realizarlo cada 5 años. En tal sentido, el Comité examina cada informe y señala cuáles son sus

⁷ Ministerio de Desarrollo Social, Oficina Nacional de Calle, Chile avanza con todos, “*Política*”, cit. n°6, p. 11.

preocupaciones y recomendaciones en modo de “observaciones finales”, para hacerlas llegar al Estado parte⁸.

2. Ámbito Nacional

Con la finalidad de poner en marcha el cumplimiento efectivo y posibilidades de exigencias claras respecto del incumplimiento y vulneraciones, y además, para poder poner en práctica las diferentes recomendaciones que se le han realizado al Estado en el ámbito de la niñez, es que actualmente existen tres instrumentos que regulan la niñez migratoria, las cuales son:

- Política Nacional de Niñez y Adolescencia.
- Ley 21.325: Ley de Migración y Extranjería.
- Ley 21.430: Sobre garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Estos mecanismos son los que han buscado llevar a efecto la toma de medidas necesarias para la materialización de la igual protección de los niños, niñas y adolescentes migrantes, para lograr de esta manera que se efectúe el resguardo del interés superior del niño, niña y adolescente que consagra la Convención sobre los derechos del niño.

2.1 Política Nacional de Niñez y Adolescencia

La Política Nacional de Niñez y Adolescencia es un instrumento creado a partir del segundo gobierno de la ex presidenta Michelle Bachelet, a través del Consejo Nacional de la Infancia, los cuales tuvieron en vista, la falta de políticas públicas dirigidas al resguardo y protección de los derechos de los NNA como sujetos de derechos. Es así que nace gracias a la opinión de más de 800 mil niños y niñas dentro de nuestro país,

⁸ Naciones Unidas, Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, “*Introducción al Comité*”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/monitoring-childrens-rights>. [Fecha de consulta: 10 octubre 2022].

desde la educación parvularia, hasta la educación media, a través de un proceso participativo, el cual llevo por nombre “Yo Opino: es mi derecho”⁹, iniciando de esta manera un trabajo con enfoque primordial hacia la primera infancia, siendo una base fundamental para superar la desigualdad que se ocasiona en los diversos ámbitos de su desarrollo personal.

Debido a la evidente situación de riesgo social que conlleva vivir en un país siendo migrante, sumado al hecho de ser un menor de edad es que el foco central de esta herramienta, es precisamente la construcción de manera gradual de un sistema que integre el accionar de distintos sectores, partiendo desde el Estado, la familia como parte fundamental del desarrollo de las diversas esferas de la vida de los NNA, hasta la sociedad civil¹⁰, la cual tiene una labor trascendental al momento de vislumbrar en los menores el cómo se enfrentan al mundo y que es lo que este les exhibe.

En concordancia a lo anteriormente señalado, es que se presenta la “Mesa Técnica sobre Niñez y Adolescencia en situación Migratoria”, con la finalidad de estudiar y las diversas áreas en las que deben poner especial énfasis para la materialización del ejercicio de sus derechos y así tener una visión más amplia de cuáles son las áreas a reforzar, o bien, cuáles son los ámbitos a los que realmente no se les ha abordado de ninguna manera.

Dentro del análisis, la mesa técnica enfatizó que si bien, se garantizan sus derechos en ciertos ejes, también existen prácticas que los restringen, principalmente en poblaciones que se encuentran en una condición migratoria en estado de irregularidad¹¹, exponiendo de esta manera que la situación migratoria en la que se encuentran al

⁹ MINISTERIO de Desarrollo Social y Familia, “*Presidenta Bachelet presentó la Política Nacional de Niñez y Adolescencia y firmó proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez*”. Disponible en: <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/presidenta-bachelet-presento-la-politica-nacional-de-ninez-y-adolescencia-y-firmo-proyecto-de-ley-qu>. [Fecha consulta: 15 Septiembre 2022].

¹⁰ Consejo Nacional de la Infancia. Política Nacional de Niñez y Adolescencia, Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2015.

¹¹ Consejo Nacional de la Infancia, “*Política*”, cit. n°10, p.49.

ingresar al país es un factor que incide de manera sustancial en la plena exigencia que eventualmente requieren al momento de ejercer sus derechos.

En tal sentido, la implementación de esta política en la legislación chilena, busca orientar la toma de decisiones de manera estratégica para que dentro de un plazo de diez años los NNA cuenten con las condiciones que garanticen el ejercicio de sus derechos de acuerdo a su curso de vida, sin distinción, en lo que nos concierne a su situación migratoria, dentro de muchos otros factores¹².

Respecto a la situación migratoria de los menores en particular, es que se busca asegurar que cuenten con garantías reforzadas para lograr alcanzar un desarrollo pleno, resguardando la igualdad de oportunidades, tanto en el acceso, como en el desarrollo y participación en la sociedad, incrementando de esta manera los espacios de diversidad así valorar las diferencias como elementos que enriquecen nuestra cultura¹³.

Ahora bien, todo objetivo para poder ser realizado de manera correcta, requiere de acciones concretas que lo lleven a cabo, en ese sentido, para poder ejecutar gran parte de las propuestas que presenta la Política, dar concordancia y visualizar el trabajo a la comunidad, es que se crea el “Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia”. Se trata de un desafío en el cual el Ministerio de Desarrollo junto al Consejo Nacional de la Infancia y, en colaboración de UNICEF, comienzan a desarrollar en el año 2016, para poder dar pie de ejecución en el año 2018, contando con la participación tanto de ministerios como de diferentes servicios, incluido el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, conformando así la “Mesa Técnica Intersectorial”, todos ellos guiados por la Subsecretaria de la Niñez, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, estimándose una duración de siete años, es decir, finalizando el 2025, buscando dar lineamientos y pautas para la correcta aplicación y funcionamiento de las diferentes directrices que pretende fomentar la Política.

¹² Consejo Nacional de la Infancia, “Política”, cit. n°10, p.69.

¹³ Consejo Nacional de la Infancia, “Política”, cit. n°10, p.70

Este plan “contribuye a la instalación de una estructura institucional amplia, aún en construcción, denominada Sistema de Protección Integral de Derechos (SPID), que está orientada a alcanzar el mayor bienestar para niños, niñas y adolescentes del país”, dicho sistema se establece sobre la base de diferentes entidades y mecanismos a nivel nacional, para lograr una serie de finalidades, las cuales son: la promoción, protección, restitución y restablecimiento de los derechos de los NNA, así como la reparación del daño ocasionado a través de la vulneración de los mismos¹⁴.

Dentro de la evaluación del sistema a nivel país, los menores migrantes son considerados como grupo prioritario, lo cual no nos llena de mucha sorpresa, por ende deben tener planes y objetivos estrictamente focalizados a su condición de desventaja. A partir de aquello el plan de acción nacional combina acciones de carácter universal y específicas para poder de manera paulatina dar cumplimiento al estándar impuesto por la Convención sobre los derechos del Niño.

Con ello una de las acciones significativas que se han podido evidenciar, es la elaboración del proyecto “Red Calle Niños”, que busca implementar en las regiones centro del país intervenciones y servicios especiales a NNA que se encuentren en situación de calle, ya sea permanentemente o de manera intermitente, con la finalidad de disminuir los circuitos callejeros y evitar la exposición grave a vulneraciones a sus derechos que presentan los menores. También, en el mes de Enero del año 2021 se implementó el proyecto “Niñez Migrante Protegida”, el cual tuvo una duración de 6 meses, dirigido especialmente a la zona norte y centro de nuestro país, en el cual permitió beneficiar a 1800 personas migrantes, de los cuales 1200 correspondían a NNA en situación de exclusión entre 0 y 14 años de edad, otorgándoles atención social y

¹⁴ Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025. Sistema de Protección Integral de Derechos (SPID). Disponible en: <https://plandeaccioninfancia.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/sobre-el-plan#>. [Fecha de Consulta: 19 Septiembre 2022].

ayuda humanitaria¹⁵, todo ello debido a la alta presencia de familias migrantes en situación de calle que presentaban las zonas.

Además uno de los hitos más significativos, fue la incorporación de la temática de niñez y adolescencia al diagnóstico global de situación migratoria que se desarrolló para la orientación de propuestas y metas que darían origen a la Política Migratoria, en el marco de la nueva Ley de Migración. En ello, se logra por intermedio de la Subsecretaría de la Niñez, la creación de un capítulo específico sobre áreas importantes como lo son el área social y familia, incorporando diagnósticos sobre la situación migratoria, caracterización sociodemográfica, estructura de hogares, etc., teniendo presente el enfoque de los derechos de la niñez¹⁶.

2.2 Ley 21.325: Ley de Migración y Extranjería

La Ley de Migración y Extranjería, es aquella que procede a reemplazar a la antigua Ley de Extranjería contenida en el Decreto ley 1094, que venía rigiendo desde el año 1975, la cual quedó inmediatamente derogada al entrar en vigencia la primeramente señalada, logrando de este modo la creación de una normativa ajustada al periodo actual, y con una percepción de las problemáticas mucho más amplia.

Fue promulgada el día 11 de abril del 2021 y publicada el día 20 de abril del 2021, pero el considerando sexto del Decreto 296, que es aquel que aprueba reglamento de la ley n° 21.325, estableció:

¹⁵ Subsecretaría de la Niñez, Ministerio de Desarrollo Social y Familia. “Informe de Niñez y Adolescencia 2020”. 2021.

¹⁶ Subsecretaría de la Niñez. “Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025”. Disponible en: <https://plandeaccioninfancia.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/acciones/167-incorporar-tematica-de-ninez-y-adolescencia-en-diagnostico-de-situacion-migratoria-que-se-esta-desarrollando-para-elaborar-la-politica-migratoria/2>. [Fecha de consulta: 21 septiembre 2022].

“Que por expresa disposición del artículo undécimo transitorio de la ley N° 21.325, ese cuerpo legal entrará en vigencia una vez publicado su reglamento, norma general que se aprueba mediante el presente decreto supremo”¹⁷.

De esta manera entra en plena vigencia el 12 de febrero del 2022 y con ello se dio paso a una nueva disposición que estuviera más acorde a las exigencias internacionales en relación a la materia y Chile avanza y suplía a la vez un vacío importante en la legislación, debido a que regula temas que con anterioridad no habían sido reglamentados, y de los cuales se desprendían una serie de problemáticas, como por ejemplo, la protección a la niñez migrante.

En ella el Estado establece y promueve los derechos y deberes, así como también las obligaciones que poseen los migrantes que arriben a Chile, permitiendo de esta manera que la migración sea segura, regular y de modo responsable, por lo cual todos los migrantes, al igual que los chilenos, deben asumir los deberes que les corresponde por haber escogido a Chile como país para vivir¹⁸, previniendo de esta manera el ingreso irregular o por paso no habilitado, debido a las nuevas herramientas de control migratorio y generando nuevas estrategias para la regularización de aquellos que aún no poseen documentación.

A partir de las recomendaciones varias realizadas por el Comité de los derechos del niño, quienes examinaron los progresos realizados por el país en materia de protección y cumplimiento a las obligaciones contraídas a partir de la CDN, es que por primera vez la niñez migratoria posee consagración expresa dentro de la ley, a diferencia de la antigua Ley de Extranjería, que en ninguno de sus apartados contenía mención alguna

¹⁷ Decreto 296. Aprueba Reglamento De La Ley N° 21.325, De Migración Y Extranjería. Diario Oficial de la República. Santiago, 12 de febrero 2022.

¹⁸ Nueva Ley de Migraciones, Chile Atiende, 08 junio 2022. Disponible en: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/91505-nueva-ley-de-migraciones#:~:text=El%2011%20de%20abril%20de,migraci%C3%B3n%20segura%2C%20regular%20y%20responsable>. [Fecha de consulta: 24 septiembre 2022].

sobre los niños, niñas y adolescentes, en esta ocasión aquellas palabras se encuentran estipuladas al menos en once articulados.

En ese sentido, algunos artículos importantes que se pueden destacar son:

Primeramente el artículo 4° que consagra el interés superior del niño en la normativa relativa a la migración:

“Interés superior del niño, niña y adolescente. El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que los tengan a su cuidado.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que incurrieren en alguna infracción migratoria no estarán sujetos a las sanciones previstas en esta ley”.

De esta manera se plasma uno de los principios más importantes relativos a la niñez y a su bienestar, otorgando prioridad a su protección frente a otros sujetos de derecho.

Otro artículo importante a señalar, es por primera vez en una norma de rango legal, se estipula la forma en que deben ingresar los NNA migrantes al país, así como también su salida, todo ello determinado en el artículo 28:

“Requisitos de niños, niñas y adolescentes. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros deberán ingresar al país acompañados por su padre, madre, guardador o persona encargada del cuidado personal del menor de 18 años, o con autorización escrita de uno de ellos, del tribunal o la autoridad competente, según corresponda. (...).

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que los niños, niñas y adolescentes no se encontraren acompañados en el momento de ingresar al país, o no contaren con la

autorización antes descrita; o no cuenten con documentos de viaje, deberá darse lugar al procedimiento descrito, procurando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente y su puesta en cuidado de la autoridad competente.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros deberán abandonar el territorio nacional cumpliendo las mismas formalidades con las cuales se les permitió su ingreso. No obstante, la salida del país de niños, niñas y adolescentes extranjeros con permiso de residencia se regirá por el artículo 49 de la ley N° 16.618, de Menores.

Si las personas competentes para autorizar la salida del país de niños, niñas y adolescentes extranjeros no pudieren o no quisieren otorgarla, ésta podrá ser otorgada por el tribunal que corresponda cuando lo estime conveniente en atención al interés superior del niño, niña o adolescente. Igual procedimiento deberá aplicarse respecto de los niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, en aquellos casos en que no se encuentren las personas señaladas en el inciso primero de este artículo.

El Estado procurará una eficiente y eficaz prevención y combate del tráfico y explotación de niños, niñas y adolescentes, y promoverá la suscripción de tratados y convenios internacionales que faciliten el intercambio y traspaso de información a través de plataformas electrónicas”.

Con ello se da cuenta de la importancia que poseía la creación de una normativa que no solo regulara las distintas situaciones de los migrantes adultos, sino que también poner en la palestra que los NNA requieren de reglamentación que les asegure que serán tratados en relación a la vulnerabilidad que presentan, desde el primer instante en que pisan el territorio nacional.

2.3 Ley 21.430: Sobre garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

El Comité de los derechos del niños en reiteradas ocasiones realizó observaciones en lo relativo al tratamiento que poseían los menores dentro de la legislación chilena, en donde una cosa que se repetía con énfasis en los informes era la urgente aprobación de una Ley de Protección Integral de los Derechos de los NNA.

Esta ley nace a partir de la deuda histórica que tiene el país en relación a la regularización en materia de niñez, ya que la obligación contraída para la protección, goce y ejercicio de derechos que poseen los menores de edad, data del año 1990, cuando Chile ratifica la CDN, adecuando finalmente la legislación al tratado internacional, y de esa manera viniendo a suplir casi 32 años después el déficit trascendental del que han sido víctima varios NNA en la vulneración de sus derechos.

Fue promulgada con fecha 6 de marzo del 2022 y publicada en el Diario Oficial el día 15 de marzo del 2022, teniendo como principal eje “establecer un estatuto de garantía y protección integral de derechos de la niñez y adolescencia, que haga posible su goce y ejercicio efectivo para niños, niñas y adolescentes, con énfasis en aquellos derechos humanos reconocidos en la Constitución Política, la Convención sobre Derechos del Niño, los demás tratados internacionales ratificados por Chile, y en las leyes¹⁹”.

Con la creación de esta ley, es importante señalar que por fin se crea una norma de carácter general que tenga en el núcleo del sistema a los menores, y de esta manera establecer en un rango legal el respeto, garantías y oportunidades los derechos de la niñez sin distinción de condiciones, declarando de esta manera que precisamente son sujetos de derechos, vinculando directamente al Estado en pos de su resguardo.

¹⁹ BCN, Ley 21430. *Sobre Garantías Y Protección Integral De Los Derechos De La Niñez Y Adolescencia*. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 15 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>.

La normativa en primera instancia señala que objeto tiene la ley, también nos da cuenta desde ya que se entiende por niño o niña y que se entenderá como adolescente, en donde para empezar se considera niño o niña a todo ser humano que sea menor de 14 años de edad, mientras que adolescente serán aquellos mayores de 14 y menores de 18 años de edad, prevaleciendo siempre ante la duda sobre su mayoría de edad la presunción de que es menor, priorizando en todo momento el beneficio sobre sus derechos²⁰.

Además establece expresamente la obligación del Estado como ente proteccional para que garantice el pleno goce y ejercicio de sus derechos, reconociéndolos como sujetos de derechos, instaurando una vez más el principio del interés superior del niño, y en lo que concierne, que todo ello se lleve a cabo sin distinción de condiciones, ni discriminación arbitraria, protegiendo de esta manera uno de los grupos sociales más golpeados por la poca observancia de su estancia, que son los menores de edad migrantes, que en muchas de las ocasiones desarrollan su diario vivir en condiciones poco óptimas para su desarrollo.

A fin de que se cumpla de manera efectiva la protección del ejercicio de sus derechos, es importante señalar que el cuerpo normativo contempla una acción de tutela administrativa, en donde todo NNA, o cualquier persona a su nombre, podrá interponer una acción de garantía ante la administración del Estado, para que frente a casos de riesgos, amenazas o vulneraciones, los órganos competentes tomen las medidas necesarias para hacer cesar la afectación de ellos. Los organismos de la administración del Estado a los que hace referencia la ley son: Seremis del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y las Oficinas Locales de la Niñez²¹.

²⁰ BCN, “Ley 21430”, cit. n°21.

²¹ Spa, Montt Group, “Se Publica Ley 21.430: Ley Marco que Sienta las Bases Generales del Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez”. Disponible en: <https://www.monttgroup.com/alerta/se-publica->

En relación al punto al punto anterior, el Estado para lograr la promoción y protección de derechos, la prevención de situaciones de riesgo y vulneraciones, crea las Oficinas Locales de la Niñez, siendo estas la expresión local del sistema de garantías de los derechos de la niñez que se realiza a nivel municipal. Además está a cargo de la protección administrativa, es decir, de la coordinación de todos los actores que tengan alguna vinculación con la niñez y adolescencia; la implementación de acciones que vayan en relación al acompañamiento del entorno familiar de acuerdo a un plan de intervención personalizado para NNA y sus familias, para de esta manera cumplir con la promoción, prevención y protección de los derechos de los NNA. En ese sentido, este año se dio inicio a la instalación de las oficinas en 90 comunas de Chile, siendo este el inicio para que, de manera paulatina se avance en la instalación en todas las comunas del país, teniendo como plazo máximo 5 años²².

[ley-21-430-ley-marco-que-sienta-las-bases-generales-del-sistema-de-garantia-de-los-derechos-de-la-ninez/](#). [Fecha de consulta: 26 de Septiembre de 2022].

²² Rocío Faúndez, subsecretaria de la Niñez: "Tenemos el mandato de proteger y garantizar que todas las niñas, niños y adolescentes puedan desarrollarse en un ambiente libre de violencia y ejerciendo plenamente sus derechos", 2022. Disponible en: <https://www.gob.cl/noticias/rocio-faundez-subsecretaria-de-la-ninez-tenemos-el-mandato-de-proteger-y-garantizar-que-todas-las-ninas-ninos-y-adolescentes-puedan-desarrollarse-en-un-ambiente-libre-de-violencia-y-ejerciendo-plenamente-sus-derechos/>. [Fecha de consulta: 29 de Septiembre de 2022].

CAPITULO II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1. Antecedentes

1.1 Historia del “Interés Superior del Niño” anterior a la Convención

Al analizar la normativa internacional, se puede observar que ha sido una concepción que ha experimentado una gran transformación, en donde pasa de ser un principio inexistente, a convertirse, de manera posterior en un principio comprendido e incluido en una gran cantidad de normas y resoluciones judiciales, bastándose en ese sentido en la actualidad, como una concepción teleológica del derecho²³.

Tradicionalmente y antes de la creación de la CDN, fue una noción que se caracterizaba por ser un elemento primordial para el Derecho de Familia, en donde, se podía observar su regulación y diversas menciones, en temas relacionados directamente con la filiación entre los padres y sus hijos, acuñándose sus primeras apariciones en países como: Francia, Italia y Reino Unido.

1.1.1 Francia

En virtud de la evolución de su normativa civil, desde mediados del siglo XIX es que se percibe la clara intención del legislador galo de hacer del interés de la persona menor de edad un concepto abstracto elevado a principio general del derecho, apareciendo por primera vez dentro del Derecho Civil francés de forma clara y evidente, concretamente en las leyes que vinieron a limitar la figura de la patria potestad (Ley de 24 de julio de 1889). En consecuencia, un siglo antes de la aprobación de la CDN por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ordenamiento jurídico francés ya era posible encontrar numerosas referencias al principio del interés superior

²³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “*El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno*”, Rev. chil. Derecho, versión on-line, vol.42 no.3 Santiago dic. 2015. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007#n02. [Fecha de consulta: 27 de Octubre 2022]

del niño en la regulación de materias tales como el derecho a la identidad (nombre y apellidos), la filiación biológica y adoptiva y, naturalmente, todo lo referente a la autoridad parental²⁴.

1.1.2 Italia

Esta noción comenzó a ser empleada a partir de la “Ley de Adopción de 1967”, en la cual la alusión de este principio sirvió para contrastar y poner fin a caducos y denostados prejuicios e incrustaciones culturales que todavía se encontraban presentes en el derecho trasalpino de la época²⁵.

1.1.3 Reino Unido

Este concepto fue incorporado en el Common Law a principios del siglo XX, denominándose “*welfare principle*” (principio del bienestar), fue integrado como una “*paramount consideration*” (consideración primordial) a tener presente en los supuestos de custodia. La legislación que siguió inmediatamente después no pudo reflejar esa misma visión. Así se puso de manifiesto en la *Guardianship of Infants Act* (Ley de Tutela de Infantes) de 1925, en la que expresamente se estatuye que “*in making decisions relating to the custody and upbringing of children, the courts should make the child's welfare the first and paramount consideration*”²⁶ (en la toma de decisiones relativas a la custodia y crianza de los niños, los tribunales deben hacer del bienestar del niño la primera y primordial consideración).

Con todo ello, hay autores que en el ámbito internacional, sostienen que existe una regulación implícita de esta noción en lo que sería la “Declaración de Ginebra”, del año 1924, dado a que es el primer texto que reconoce la efectiva vulnerabilidad del menor, reconociendo la existencia de derechos para los mismos, en torno a su bienestar, sobre todo en lo concerniente en su principio tercero, el cual señala:

²⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, “*Interés superior del niño*”, cit. n° 25.

²⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, “*Interés superior del niño*”, cit. n° 25.

²⁶ RAVETLLAT BALLESTÉ, “*Interés superior del niño*”, cit. n° 25.

“3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad”²⁷

Incluso, es considerado el primer instrumento internacional que otorga un principio fundamental para el desarrollo de esta investigación, el cual debe ser interpretado de manera conjunta con el interés superior, el cual es el principio de no discriminación, abriendo la puerta para que todo NNA migrante pueda ser resguardado y protegido de la misma manera que un nacional. Ello se encuentra contemplado en el preámbulo de dicha declaración.

“(…) los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad y creencia (…)”²⁸

Posterior a aquello, dicha concepción fue recogida tanto en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, como en la “Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)”. En relación a la primera de ellas, alude a los menores en al menos tres oportunidades: en lo relativo a la igualdad de los NNA, en relación a su filiación; al derecho personal y propio de acceder a la protección social; y, por último respecto del derecho a la educación. En lo concerniente a la segunda, es un documento que se sustenta en la Declaración de Ginebra de 1924, conteniendo diez principios que sustentan la noción de que son sujetos receptores de derechos humanos, además de la preocupación por la protección especial que requieren debido a su situación de vulnerabilidad.

²⁷ SDN, “Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños”. Ginebra, Suiza. 24 de diciembre de 1924. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracin_de_Ginebra_1924_-_Derechos_del_Nio.pdf. [Fecha de consulta: 27 de Octubre 2022]

²⁸SDN, “Declaración”, cit. n°29.

1.2 Concepto “Interés superior del niño”

Dentro de la doctrina siempre ha sido complicado dar una definición pura de lo que correspondería el interés superior del niño, ya que se trata de una noción abstracta, tanto en el ámbito jurídico como en el no jurídico, debido a que no se limita a un punto en específico, sino que más bien se desarrolla y se complementa con un sinnúmero de normas, que van en primer lugar, desde los articulados de la misma CDN, como dentro de nuestro propio ordenamiento.

Ahora bien, diversos autores han intentado dar relieve a este enunciado que ha lo largo de la historia a dado pie a diversas interpretaciones, dando pie a numerosas críticas por debido a su indeterminación, ya que no solo debe aplicarse y armonizarse a las correspondientes normas jurídicas, sino que también debe ser incorporado a las instituciones que funcionen al alero de la infancia.

En tal sentido, UNICEF en su artículo denominado “Justicia y Derechos del Niño”, establece que el interés superior es la plena satisfacción de sus derechos, en donde a desde la entrada en vigencia de la CDN, deja de ser un objetivo social realizado por una autoridad progresista y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad, debiendo abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del mismo, para de ese modo proseguir a armonizar su utilización con una que vaya de la mano con la concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superar la mirada paternalista tradicionalmente que se ha tenido para regular los temas concernientes a la infancia²⁹.

Por su parte, Miguel Cillero Bruñol en su intento por establecer una interpretación que sobrepase las objeciones y críticas que ha conllevado el estudio del interés superior del niño, es que nos señala que es al igual a lo anteriormente señalado,

²⁹ UNICEF, “*Justicia y Derechos del Niño*”, número 1, p. 55. Disponible en: https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf. [Fecha de consulta: 28 de Octubre 2022]

el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, en donde todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”³⁰

Una mirada jurisprudencial del concepto, nos lo da la Excelentísima Corte Suprema, al fallar un recurso de Casación, interpuesto contra sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique en la causa RIT N° C-2127-2008, RUC N° 0820274001-5, del Juzgado de Familia de Iquique, caratulados “NMJ con MJ, señala en su considerando décimo:

“Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”³¹.

Sin embargo, a pesar de todas las interpretaciones y consideraciones que se le puedan realizar al concepto, el Comité de los derechos del niño, el cual es el principal supervisor concerniente a la examinación de las medidas y obligaciones adoptadas por los Estados firmantes de la Convención, hace énfasis en establecer que es un principio de especial relevancia toda vez que respecto de él es que deben girar las decisiones que afecten de cualquier manera a un niño, subrayando por lo demás, que es un concepto con una triple dimensionalidad: es un derecho, un principio jurídico y una norma de procedimiento, como se analizará más adelante³².

³⁰ BRUÑOL, Miguel Cillero. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño”, 1999, vol. 125, no 9, p. 1-280.

³¹ MEDINA LEMA, María Consuelo. “El concepto del interés superior del niño: su alcance en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia”. 2015. Tesis Doctoral. Universidad Católica de la Santísima Concepción, p. 34.

³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N° 14 Sobre el derecho del

2. Consideraciones en la Convención

Adentrándonos de lleno en el tratado, se puede dilucidar que este ambiguo concepto corresponde al principio rector que funda la CDN, siendo el principal protector y orientador integral del sistema jurídico en materia de infancia. Se encuentra regulado en el artículo 3° de la Convención, el cual señala:

“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”³³.

Lo primero a recalcar es que la norma internacional conforma la manifestación básica de este principio, en donde lo declara como generador de parámetros para la actuación de todos los órganos públicos de los Estados parte, en la medida que por su intermedio se pretendan adoptar ciertas “medidas” que conciernen a los niños, las cuales

niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

³³ UNICEF, “Convención”, cit. n°3

deberán hacerse efectivas no solo desde el punto de vista normativo, sino, también, desde el punto de vista institucional e incluso material³⁴.

La atención que se da de esta noción es que tiene la calidad de ser “primordial”, situándola en este sentido en un plano de preferencia a la hora de dictarse la norma general (ley) o concreta (sentencia judicial) por parte del actor público respectivo, no siéndole posible desconocer su contenido, ni tampoco proceder a la dictación de la norma o acto sin invocar ni aplicar este principio, por ende, tiene un carácter de imperativo jurídico, y que podría ser invalidado si contraviene a dicho principio, en cada uno de los niveles en que se haya dictado una norma lesiva de este principio³⁵.

En ese mismo sentido es importante señalar que la CDN formula este principio como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos, es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente³⁶.

Otro punto importante es que, el núcleo del principio y norma jurídica del interés superior del niño esta, por ende, en considerar que el niño, niña o adolescente es ante todo persona, por ende a tenor de la Convención, la persona menor de edad es un sujeto

³⁴ BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, “*El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno*”. Actualidad jurídica n°42, Julio 2020, p.544

³⁵BÉCAR LABRAÑA, “*Principio*”, cit. n°36, p. 545

³⁶ UNICEF, “*Justicia*”, cit. n°31, p. 55-56.

de derecho, un titular autónomo de derechos distinto de sus progenitores, aun cuando su autonomía se encuentre en progreso y no esté plenamente desarrollada³⁷.

En tal sentido, se puede señalar que la Convención viene a realizar un trabajo de separación entre los menores y sus progenitores, otorgándoles derechos que les son propios a su condición y asegurándoles que todas las normativas y organismos que vengán a intervenir en materia de infancia, siempre será en pos de su bienestar y pleno desarrollo.

2.1 Interpretaciones

Como se ha señalado con anterioridad, el Comité de los derechos del niño en su observación general n°14, realiza un análisis sobre la triple dimensionalidad del interés superior del niño: como derecho, principio y como norma de procedimiento.

2.1.1 Como derecho sustantivo

En primer lugar se establece que como derecho sustantivo, el derecho del niño a que su interés superior será de consideración primordial, en donde se deberá evaluar y tener en cuenta los distintos intereses para poder tomar una decisión sobre la cuestión debatida, siendo además, una garantía en el entendido de que este derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un NNA, pudiendo invocarse ante los tribunales de justicia, ya que se trata de una obligación intrínseca para los Estados partes³⁸.

En tal sentido, ordena a todas las instituciones, órganos y estamentos que participen en la toma de medidas en favor de la infancia, a establecer como prioridad que todas aquellas políticas y mecanismos de salvaguarda, aun en su ejecución no vayan en contradicción con la satisfacción de dicho derecho.

³⁷ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *“Efectos jurídicos del divorcio”*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011, p. 93.

³⁸COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *“Observación”*, cit. n°34, p.2.

2.1.2 Como principio jurídico interpretativo

En segundo lugar, el Comité señala que a su vez será un principio jurídico interpretativo, ya que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella interpretación que satisfaga de mejor manera el interés superior del niño, en donde en ese sentido, el marco interpretativo viene dado por los derechos establecidos en la Convención³⁹.

Ahora bien, debido a que es un concepto sin una noción definida, sino que más bien es un concepto flexible, la aplicación como principio jurídico se torna de manera más dinámica, toda vez que al evolucionar constantemente dependiendo la época y casos concretos en los que se invoque, puede resultar un beneficio al reafirmar derechos, o bien para negarlos, todo ello dependiendo de cual es el mejor escenario a futuro en relación a la protección del menor. En donde, en todos los sentidos el interés superior siempre debe sobreponerse a los intereses particulares, a pesar de que aquellos estén legítimamente invocados.

2.1.3 Como norma de procedimiento

Finalmente, el interés superior se toma como norma de procedimiento siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto, o bien, a los niños en general, en donde, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Se reconoce de esta forma que la evaluación y determinación del interés superior del niño, requieren garantías procesales, en donde la justificación de las decisiones adoptadas debe dejar en claro que se ha tenido en cuenta explícitamente este derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho

³⁹COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Observación*”, cit. n°34, p.2.

en la decisión adoptada, es decir, qué se ha considerado, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos⁴⁰.

3. Análisis jurídico del artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño

Con la finalidad de que el análisis del articulado fuese más preciso, el Comité de los Derechos del Niño, en su observación general n°14, ha desarrollado una serie de notas, para que de esta manera la interpretación y aplicación del mismo, no constituyan una fuente de roces en cuanto a su alcance.

3.1 “En todas las medidas concernientes a los niños”

Según lo señalado por el Comité dice relación a que se debe velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas (actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas, incluso la inactividad u omisiones) relacionadas con el niño, será de consideración primordial este principio. Además, la expresión “concernientes”, se toma en torno a dos acepciones, en primer lugar a aquellas medidas que se encuentren relacionadas directamente con un niño o grupo de niños, o niños en general y, en segundo lugar, a las medidas que repercutan en un niño en particular, grupo o niños en general aunque la medida no vaya dirigida directamente a ellos, otorgando así un mayor nivel de protección al poseer procedimientos más detallados. Por último, el término “niños” se refiere a todas aquellas personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, según lo establecido en el artículo 1 y 2 de la CDN, por ende el articulado tercero se aplica a los niños tanto en su carácter individual como general o grupo, ya que es considerado como un derecho colectivo e individual, obligando por consiguiente al Estado a adoptar y evaluar el

⁴⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.2.

interés superior como una consideración primordial también enfocada a los niños como grupo y en general⁴¹.

3.2 “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”

Respecto a este punto, el Comité establece que la obligación que poseen los Estados partes es una obligación general, en donde las instituciones las comprendemos como todas aquellas cuya labor y decisión repercuten en los menores y en la efectividad de sus derechos. En relación a los tribunales, el Comité subraya que ello alude a todos los procedimientos judiciales y actuaciones conexas relacionadas con los niños, sin distinción alguna, así mismo concerniente al área penal este principio se aplica los niños en conflicto con la ley (autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctima o testigo), así como a aquellos menores afectados por el conflicto con ley de sus padres. Siguiendo con las autoridades administrativas al abarcar sus decisiones niveles muy amplios, todas ellas serán evaluadas en función del interés superior y guiadas por él. Finalmente los órganos legislativos en la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio deberá regirse por este principio⁴².

3.3 “El interés superior del niño”

Como se ha señalado con anterioridad el concepto “interés superior del niño” es amplio y complejo, agregando en este sentido el Comité que este debe ajustarse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Además, establece que los Estados tienen la obligación de aclarar, al momento de adoptar medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos aquellos que se encuentren en situación de vulnerabilidad⁴³.

⁴¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.4.

⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.5.

⁴³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.5-6.

3.4 “Una consideración primordial que se atenderá”

En lo relativo a que constituya una “consideración primordial”, alude a que esta noción no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones, encontrando su justificación en la situación especial de los niños como sujetos de derecho, ya que ellos tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, por ende, se debe conceder mayor importancia a lo que sea mejor para el niño. La expresión “que se atenderá” impone una sólida obligación a los Estados, lo que significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome⁴⁴.

4. Función en el marco de la Convención

Luego de lo analizado con anterioridad, en relación a las distintas situaciones en las que este concepto es utilizado e invocado, podemos atribuirle más de una función a cumplir dentro de nuestro sistema

4.1 Función Garantista

Se puede señalar que el interés superior del niño se establece como garantía hacia el menor, debido a que se entiende que configura una obligación para la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales, por ende implica que este principio conlleva un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar dichos derechos⁴⁵.

Siguiendo el punto, cada decisión que se tome en torno al NNA debe considerar no vulnerar sus derechos y, por ende, ejercer su pleno respeto, siendo obligatorio tanto

⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.6.

⁴⁵ FREEDMAN, Diego, “Funciones normativas del interés superior del niño”, Vol. II, 2005, pp.115-127, p.115. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Nicolo-Bellanca/publication/257871911_Elementi_di_un'analisi_del_terrorismo_contemporaneo/links/0decc525fccc007cd4000000/Elementi-di-unanalisi-del-terrorismo-contemporaneo.pdf#page=114. [Fecha de consulta: 7 de Noviembre 2022].

para, los legisladores, jueces, instituciones públicas y privadas, los padres, el Estado, en fin, a la sociedad toda, siendo llamada a proteger dichos intereses sobre la base de que a través de aquello se forjaran las nuevas generaciones⁴⁶.

4.2 Función Interpretativa

Se entiende que el interés superior del niño actúa como pauta interpretativa, con la finalidad de resolver conflictos entre los derechos de los menores, en donde la misma Convención en distintas menciones nos señala que las medidas a adoptar para ejercer los derechos, deben ir en concordancia con el mismo principio, limitando de esta forma su actuar arbitrario. Así mismo, se contempla dos clases de interpretación: una sistémica y otra jerárquica.

4.3 Función integradora

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el “interés superior del niño” puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa⁴⁷, esto se debe a que al ser un concepto amplio y dinámico puede resolver todas aquellas situaciones que hayan sido imposible para el legislador prever, dado a que la sociedad se encuentra en constante cambio.

5. Elementos a tener en cuenta al evaluar el interés superior del niño

La evaluación del interés superior, consiste principalmente en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto, sobre lo cual trabajaran el responsable de

⁴⁶ MEDINA LEMA, “*El concepto*”, cit. n°31, p.33-34.

⁴⁷UNICEF, “*Justicia*”, cit. n°31, p.58.

la toma de decisiones y su personal (de preferencia multidisciplinario), requiriendo la participación del niño⁴⁸.

En este punto, nuevamente la observación n°14 realizada por el Comité de los derechos del niño, nos establece cuales son aquellos elementos que van a tomar especial relevancia toda vez que se tienda a tomar alguna decisión de relevancia sobre el caso concreto del menor, grupo o menores en general, los cuales son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y, el derecho del niño a la educación.

5.1 La opinión del niño

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten, atendiendo a su edad y grado de madurez. Por ende toda decisión que no tome en cuenta la opinión y punto de vista del menor o no le otorga la importancia merecida, no está respetando la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. Por el contrario, lo que se debe hacer es adoptar las medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de la igualdad de los derechos, realizando una evaluación individual que dé una función a los niños en el proceso, permitiendo introducir ajustes razonables y la prestación de apoyo en caso de ser necesario, para de esta forma garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior⁴⁹.

Se debe prestar especial énfasis en como las cifras muestran que durante el proceso de expresar su opinión son minoría aquellos que lo hacen con la información suficiente y adecuada, y aún más es preocupante que desde la perspectiva de los

⁴⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, DEL MORAL BLASCO, Carmela, “*Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*”, 2017. Disponible en: https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf. [Fecha de consulta: 8 de Noviembre 2022].

⁴⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Observación*”, cit. n°34, p.7-8.

menores, los profesionales encargados de velar por la protección de este derechos no cumplen con su rol de escuchadores frente a situaciones adversas.

5.2 La identidad del niño

El derecho del niño a preservar su identidad se encuentra garantizado en el artículo 8 de la Convención, en donde los Estados partes se comprometen a respetarlo y prestar asistencia y protección apropiadas cuando un NNA sea privado de ella. Debido a que los niños no son un grupo homogéneo, debe tenerse en cuenta a diversidad al momento de evaluar el interés superior, abarcando de este modo la identidad características como el sexo, orientación sexual, origen nacional, religión y creencias, identidad cultural y personalidad. En este sentido, a pesar de que compartan necesidades universales básicas, la expresión de ellas depende de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, comprendido en ello la evolución de sus facultades⁵⁰.

5.3 La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

El preámbulo de la Convención, hace alusión a que la familia es considerada como la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, particularmente de los niños, reconociendo y protegiendo el derecho del niño a la vida familiar en su artículo 16.

El artículo 9 párrafo 1 de la CDN, exige “*que el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación sea necesaria en el interés superior del niño*”, de esta manera la Convención busca prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar, que son elementos de relevancia en el régimen de protección del niño. Asimismo el párrafo 3 del mismo artículo menciona que el niño que se encuentre separado de uno o de ambos padres tiene derecho a “*mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”, aplicándose también a

⁵⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Observación*”, cit. n°34, p.8.

cualquier persona que tenga el derecho de custodia, tutores legales o habituales, padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha⁵¹.

Debido a la gravedad de los efectos que puede causar en los menores el hecho de que lo separen de sus padres, dicha medida deberá aplicarse solo como último recurso, cuando por ejemplo, el niño este en peligro de sufrir daño inminente. Dicha separación no deberá llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia, es por ello que antes de recurrir a la separación, es deber del Estado proporcionar apoyo a los padres para que cumplan sus responsabilidades parentales y establecer o bien aumentar la capacidad de la familia para cuidar del menor, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Como ultima aclaración, el Comité establece que los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres⁵².

5.4 Cuidado, protección y seguridad del niño

Al ser evaluado y determinado el interés superior del o los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación que posee el Estado de asegurar al niño el cuidado y protección que sean necesarios para su bienestar (todo ello desprendido del párrafo 2 del artículo 3 de la CDN). Encontramos que los términos “protección” y “cuidado” deben interpretarse en un sentido amplio, debido a que su objetivo no se expresa en una formula limitada o negativa, sino que más bien se expresa en relación con el ideal amplio de garantizar el bienestar y desarrollo del niño, entendiéndose este bienestar nuevamente en un sentido amplio, ya que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad⁵³.

Esta evaluación también debe tener en cuenta la seguridad del menor, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental,

⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.8.

⁵² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.8.

⁵³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.9.

acoso sexual, presión ejercida por compañeros, intimidación y los tratos degradantes, así como también en contra de la explotación sexual, económicas y otras formas de explotación, los estupefacientes, explotación laboral, los conflictos armados etc. (expresado en los artículos 32 al 39). Aplicar el enfoque del interés superior en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad e integridad del menor en ese preciso momento, pero el principio de precaución exige valorar la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias derivadas de las medidas adoptadas para la seguridad del niño⁵⁴.

5.5 Situación de vulnerabilidad

Un elemento clave a tener en cuenta al momento de evaluar el interés superior es la vulnerabilidad del niño, como por ejemplo, tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o bien solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación de este elemento no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino que también en otras normas de derechos humanos relacionadas con aquellas situaciones específicas⁵⁵.

En una situación de vulnerabilidad concreta el interés superior no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad, ya que a pesar de pertenecer al mismo grupo, no por ello necesitaran todos la misma solución a su situación en particular. Con ello, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada menor es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo a su condición única, por ello es que debe realizarse una evaluación individual del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo

⁵⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.9.

⁵⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.9.

multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de su desarrollo⁵⁶.

5.6 El derecho del niño a la salud

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 24 de la CDN, señalando en resumen que “los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquellos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño”⁵⁷.

Por ende, el derecho del niño a la salud y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior, en donde si existe más de una posibilidad de tratar una enfermedad o, si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez⁵⁸.

De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramientos confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o responsables legales. Entre dichos tratamientos y consultas se incluyen los relacionados con la salud sexual y reproductiva, teniendo los trabajadores de la salud, la obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a los adolescentes⁵⁹.

⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Observación*”, cit. n°34, p.9.

⁵⁷ UNICEF, “*Convención*”, cit. n°3, art.24.

⁵⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Observación*”, cit. n°34, p.9.

⁵⁹ MARTÍNEZ, DEL MORAL, “*Guía*”, cit. n°53, p.22.

En dicho sentido, se debe proporcionar al niño la información adecuada y apropiada para que de esta manera entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado⁶⁰.

5.7 El derecho del niño a la educación

Este derecho dentro de la Convención, se encuentra configurado en el artículo 28, estableciendo como resumen que “todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana”⁶¹.

El Comité con respecto a aquello, nos señala que el acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño, debiendo respetarlo en todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas a la educación. A fin de promover la educación o una educación de mejor calidad, para más niños, los Estados partes deben tener docentes y otros profesionales de diferentes entornos relacionados con la educación que estén perfectamente capacitados, así como un entorno propicio para los menores y métodos de enseñanza y aprendizaje apropiados, teniendo en cuenta que la educación no es solo una inversión de cara al futuro, sino que también es una oportunidad de esparcimiento, promoción del respeto, participación y el cumplimiento de las ambiciones⁶². En este sentido, la educación no comprenderá solamente con la alfabetización y aritmética elementales, sino también la preparación para la vida activa, como la capacidad de tomar decisiones ponderadas, resolver conflictos de forma no violenta, llevar una vida sana, tener relaciones sociales

⁶⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.9.

⁶¹ UNICEF, “Convención”, cit. n°3, art.28.

⁶² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación”, cit. n°34, p.10.

satisfactorias, asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, las dotes creativas... etc.⁶³

6. El interés superior del niño, niña, adolescente en contexto migratorio

En lo relativo directamente a la niñez migrante, el interés superior del niño debe ser el núcleo central en la toma de decisiones en relación a las medidas que debe adoptar el Estado parte en todas aquellas materias que los afecten, desde su entrada al país, proceso de desplazamiento y estadía, ya sea para el corto o largo plazo, ya que es este el principio que permite ejercer los otros derechos establecidos en la Convención.

Existe una serie de preocupaciones en lo relativo a este punto, ya que en los últimos años el número de menores que ingresan por pasos no habilitados ha ido en aumento, y existen cifras no menores de aquellos que ingresan sin acompañamiento de un adulto a su cuidado, en donde el no tener un sistema que ejecute lo estipulado por la ley desde el primer momento en que entran al país, ya que eso los hace vulnerables de manera inmediata a que sean víctimas de situaciones que pongan en riesgo su integridad tanto física como emocional.

Es fundamental que el sistema se dote de un procedimiento claro y acorde con los estándares internacionales vigentes en la materia para hacer frente, en cada caso concreto, a los requerimientos de protección y a la búsqueda de soluciones duraderas, tomando siempre como eje transversal el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño y de la niña, así como los demás principios que fundan la Convención, como lo son aquel de no discriminación, supervivencia y desarrollo, participación y no devolución⁶⁴.

⁶³ MARTÍNEZ, DEL MORAL, “*Guía*”, cit. n°53, p.23.

⁶⁴ Rev. Derecho (Valdivia), vol.35, n°1, Valdivia, Junio 2022, “*El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena*”. Disponible en:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502022000100237&lng=es&nrm=iso&tlng=es#fn12. [Fecha de consulta: 13 de Noviembre 2022]

Un ejemplo de aquello es que actualmente, en caso de que las autoridades fronterizas chilenas, detectan la presencia de un menor de edad no acompañado o separado ingresando al país, dicho menor es derivado inmediatamente (por intermedio de los correspondientes partes policiales de carabineros, o bien de la Policía de Investigaciones), al Tribunal de Familia competente, para que de este modo, si se estima oportuno, se dé inicio a la debida causa proteccional. Todo ello, en atención a las previsiones contenidas en la Ley N° 19.968, de creación de los Tribunales de Familia, que atribuye a este órgano jurisdiccional la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de las personas menores de edad⁶⁵.

En ningún caso, de manera previa a la determinación de su interés superior y a la evaluación de sus necesidades de protección por parte de las autoridades competentes (en nuestro caso el Tribunal de Familia), puede suceder que la entrada sea denegada, ser devueltos de manera inmediata o bien de manera sumaria desde el punto fronterizo en el que se encuentren⁶⁶.

En pocas palabras, la mención expresa de este principio posiciona los intereses de los NNA al mismo nivel que los del Estado y que los de sus padres o cuidadores, saliendo de la esfera invisible en la que se encuentran. El estándar internacional del interés superior del NNA como consideración primordial, adquiere características especiales en el contexto migratorio, las cuales deben ser consideradas al momento de tomar medidas que afectan a niños y niñas migrantes o hijos/as de padres y/o madres migrantes⁶⁷.

⁶⁵ Rev. Derecho, “*El procedimiento*”, cit. n°71.

⁶⁶ Rev. Derecho, “*El procedimiento*”, cit. n°71.

⁶⁷ CHARLES PACHECO, Claudia, “*¿Expulsar o proteger? El equilibrio entre las normas migratorias y el Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes*”, 2021, p..56-58. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2021/12/COMPENDIO-MEJORES-TRABAJOS-2020.pdf#page=55>. [Fecha de consulta: 13 de Noviembre 2022].

CAPITULO III: RECEPCIÓN EN EL DERECHO CHILENO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU INTERÉS SUPERIOR

1. Consumación en la legislación chilena de los derechos desprendidos del interés superior del niño en atención a la niñez migrante en situación de calle.

A partir de los elementos desprendidos del principio del interés superior del niño establecido en la Convención, se consagran a su vez diversos derechos de los cuales son portadores los menores que se encuentran en dicha situación de vulnerabilidad, en donde Chile (y todos los demás Estados adheridos al tratado), debiese responder y propender a su protección, evitando la vulneración de los mismos.

Con ello, se entenderá que se han vulnerado los derechos de los NNA al momento que exista cualquier transgresión a los derechos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, pudiendo ser constitutivo de delito o no, dependiendo de nuestra legislación interna vigente⁶⁸. Por ende, se podría establecer que cualquier situación en la que los menores se vean menoscabados quedando en posición de exposición al peligro por el no cumplimiento de los preceptos que establece la ley y en este caso la CDN, constituye una transgresión a sus derechos.

1.1 Derecho a expresar su opinión

Este derecho como se señaló con anterioridad, se encuentra establecido en el artículo 12 de la Convención, con la finalidad de que los Estados garanticen al menor las condiciones necesarias para tanto, formarse un criterio propio y expresarlo libremente en los asuntos que le afecten.

En correlación, dicho derecho efectivamente se encuentra plasmado en al menos las dos de las tres disposiciones que regulan la niñez migratoria en nuestro país:

⁶⁸ Independientemente de aquello, la Defensoría de la Niñez señala que cualquier vulneración de derechos es grave, por lo que los Estados deben realizar todas las acciones destinadas a prevenir estos hechos, y a entregar mecanismos de restitución de derechos una vez que han sido vulnerados.

- La Política Nacional de Niñez y Adolescencia dentro de sus principios rectores establece la “participación y el derecho a ser oído”, en donde este derecho comprende la posibilidad de expresarse libremente y ser escuchados por aquellos que toman decisiones que afecten el desarrollo en el curso de vida. Además de crear las condiciones y establecer los mecanismos para que dichas opiniones sean escuchadas⁶⁹.
- La ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, recoge en su artículo 28 este derecho, estableciendo que *“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo (...)”*. *“Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, velarán para que en los procedimientos en que participe directamente un niño, niña o adolescente existan medios adecuados a su edad, madurez y grado de desarrollo, con el objeto que éste pueda formarse un juicio propio y pueda expresarlo (...)”*. *“Los órganos del Estado deberán, en el ámbito de sus competencias, establecer mecanismos efectivos para garantizar este derecho en los procedimientos administrativos y judiciales (...)”*.

En la práctica, la Defensoría de la niñez como organismo encargado de velar por el resguardo de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que habitan el país, realizó un estudio de opinión a NNA en el año 2019, en donde por medio de encuestas, buscó obtener y analizar las opiniones que los menores tenían respecto de sus derechos.

Se realizaron entrevistas a NNA migrantes aplicadas en establecimientos educacionales, en donde, debido a la poca cantidad de muestra respecto de este perfil no se pudieron obtener conclusiones específicas, sin embargo, se pudo evidenciar discriminaciones que se canalizan en los niveles de resiliencia que poseen, pudiendo

⁶⁹ Consejo Nacional de la Infancia, *“Política”*, cit. n°10, p.64.

existir una naturalización a la intolerancia. Se vislumbro a través de ellas que los menores migrantes encuestados, en porcentajes no menores no tenían relación con su espacio barrial, consideran en menor medida que reciben un trato respetuoso en los establecimientos educacionales por parte de los adultos, se sienten inseguros al caminar por la vía pública, se sienten solos en sus hogares, etc.⁷⁰. De esta manera se presenta la falta de integración social que poseen en los espacios en donde no debería ser un problema la discriminación por parte de las autoridades, y la poca ayuda que reciben de ello al ser un grupo minoritario.

1.2 Derecho a preservar su identidad

Dicho derecho se encuentra garantizado en el artículo 8 de la CDN, obligando a los Estados a proteger y restablecer si es necesario la identidad del niño, en el evento de haber sido privado de ella en todo o parte de la misma, como por ejemplo, su nombre, nacionalidad y vínculos familiares. A su vez, esto tiene estrecha vinculación con el artículo 7 del mismo tratado, el cual señala que todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento, así como a obtener una nacionalidad, siendo enfáticos en ese sentido a establecer una clara protección a la identidad de cada menor.

Dentro de la normativa que regula la migración en relación con los menores de edad, encontramos que:

- La Política Nacional hace referencia al resguardo de este derecho al señalar que de las áreas estratégicas y orientaciones prioritarias a las que se enfocaran las políticas públicas, una de ellas será a la familia y comunidad, ya que ellas constituyen los espacios de mayor relevancia en el desarrollo y ejercicio de los derechos, en donde, deberán promover la identidad personal y autonomía de los NNA de acuerdo a su curso de vida, mientras que a su vez, el área de formación

⁷⁰ Defensoría de la Niñez, “*Estudio de Opinión: Niños, Niñas y Adolescentes 2019*”, 2020, p. 41-289. Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/Estudio_opinion_nna_2019-VF.pdf

integral e inclusiva, menciona que la inclusión posee un valor prioritario, tanto en términos de reconocimiento y valoración de la identidad individual del menor⁷¹.

- La ley 21.325, si bien en ningún apartado establece este derecho preferente hacia los NNA, a lo largo del texto hace referencia que no se podrá discriminar de manera arbitraria fundada en motivo de la identidad de género, a su vez, el artículo 41 señala que en caso de un NNA solicite algún permiso de residencia o permanencia y no exista certeza acerca de su identidad o mayoría de edad, se pondrán los antecedentes a disposición de la autoridad encargada de la protección de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de resguardar sus derechos⁷².
- La ley 21.430 consagra este derecho en su artículo 26, señalando que *“todo niño, niña o adolescente tiene derecho, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, una lengua de origen y a ser inscrito en el Servicio de Registro Civil e Identificación, sin dilación (...)”*.

Respecto a este punto, la ley es enfática en señalar que el proceso de identificación y registro y regularización de un menor es de suma prioridad, sobre todo en el caso de que sean menores que ingresen al país de forma irregular, en donde incluso, las solicitudes de residencia que se presenten se deben entregar de manera inmediata, sin importar la condición migratoria de sus padres, ya que constituye un elemento fundamental para resguardar su interés superior.

Sin embargo el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) en Chile, dio a conocer que durante el 2021, cerca de 6.000 NNA ingresaron de forma clandestina al país, triplicando las cifras del año anterior, en donde en estos casos, pueden ser registrados por dos tipos de autoridades: uno de ellos es la policía de investigaciones (PDI), pero el

⁷¹ Consejo Nacional de la Infancia, *“Política”*, cit. n°10, p.82-88.

⁷² No hay que olvidar que la Ley 21.430: Sobre garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, establece siempre ante la duda sobre la mayoría de edad, prevalecerá la presunción de que es menor, en donde siempre se prioriza el beneficio sobre los derechos del menor.

problema es que no registran a menores de 18 años, y por otro lado, se encuentra carabineros que registran menos cantidad de personas de las que realmente ingresan, debido a que la autoridad fronteriza es PDI, por ende, las cifras se vuelven un número gris⁷³. Llegando a la situación de que, a organizaciones de la sociedad civil, les han llamado de varias municipalidades que tenían oficinas de migrantes para preguntar qué podían hacer, porque están con una situación de que el Departamento de Extranjería y Migración no les da respuesta. Ellos preguntaron qué requisitos se necesitaban para regularizar niños, y un día les dan una respuesta y días posteriores les dan otra. Esta vulneración de derechos de los menores también provoca que los nacidos en Chile no tengan nacionalidad de origen, porque los hijos de padres en situación irregular nacidos en el país no están siendo regularizados al nacer⁷⁴.

1.3 Derecho a la preservación de su entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

Este derecho se encuentra plasmado, debido a la posible separación de un menor con sus padres, resguardando la Convención dicho proceder, en los artículos 9 y 16, en donde el primero establece como derecho del niño el vivir con su padre o madre, a menos que esto vaya en contra del interés superior del niño, y posteriormente viene a reafirmar el derecho de los NNA a la vida familiar, en contexto de la protección de la vida privada.

Por su parte, la legislación nacional recoge dicho derecho al señalar en:

- La Política Nacional que el Estado en su rol como garante del ejercicio de los derechos de los NNA, deberá considerar siempre el derecho a no ser separado de

⁷³ SJM Chile, “*La emergencia nacional de la niñez migrante: Los inciertos derechos de los niños que cruzan la frontera*”. Disponible en: <https://sjmchile.org/2022/04/06/la-emergencia-nacional-de-la-ninez-migrante-los-inciertos-derechos-de-los-ninos-que-cruzan-la-frontera/>. [Fecha de consulta: 04 Diciembre 2022]

⁷⁴ DiarioUchile, “*La infancia: una realidad invisible de la crisis migratoria*”, 2021. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/10/29/la-infancia-una-realidad-invisible-de-la-crisis-migratoria/>. [Fecha de consulta: 04 Diciembre 2022]

la familia, salvo que éste colisione con el interés superior del niño, en donde la protección a este derecho debe constituirse en una línea estratégica de apoyo para las familias, con el objeto de que estas ejerzan su rol protector que conlleve a mecanismos administrativos que resguarden y promuevan la calidad familiar⁷⁵.

- La ley 21.325 por su parte, hace notar la importancia de este derecho en el artículo 19, en relación a la reunificación familiar, señalando que “(...) *el Estado debe promover la protección de la unidad de la familia. Las solicitudes de reunificación familiar de niños, niñas y adolescentes se tramitarán de manera prioritaria*”. Además, en el artículo 129 que guarda relación con las consideraciones previas a dictar una medida de expulsión, el Servicio deberá considerar respecto del extranjero afectado “6. *Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país (...), tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar*”.

- La ley 21.430 por su parte, dispone en su artículo 27 el derecho del NNA a vivir en familia: “*Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a vivir en familia, preferentemente en la de origen, y completar así su adecuado desarrollo. El Estado tiene el deber de velar por la protección y consideración de la familia del niño, niña o adolescente, cualquiera que sea su composición*”.

El incremento en la población migrante en estos últimos años, ha sido un factor determinante a la hora de abordar medidas y decisiones que afecten la estadía y permanencia en el país, en donde la población nacional se ha visto envuelta en múltiples ocasiones a abordar de manera negativa los derechos que le son inherentes a las personas que migran de su país, sin tomar en consideración ni llegarse a preguntar hasta qué punto eso podría afectar a los menores que en la mayoría de los casos son víctimas secundarias de aquello.

⁷⁵ Consejo Nacional de la Infancia, “*Política*”, cit. n°10, p.66.

En tal sentido, el retorno de un adulto migrante, o bien de un menor migrante a su país de origen no es un acto ilegal, pero hacerlo sin atender a un procedimiento racional y justo, lo es. Chile en lo que respecta, se ha visto envuelto en una serie de controversias en relación de materia de expulsión masiva de inmigrantes, debido al no respeto a las garantías y derechos fundamentales de las personas, pasando a llevar distintas normas y tratados, y en lo que concierne, afectando directamente este derecho fundamental del menor al separarlo de su familia.

Esta situación acrecentaría la crisis de la población migrante, afectando particularmente a los niños, niñas y adolescentes que podrían ser separados de sus núcleos familiares. Para la activista y presidenta de la Coordinadora Nacional de Inmigrantes Chile, Vanessa González, las políticas migratorias del Ejecutivo han sido medidas que van en contra de los derechos de la población migrante, especialmente, aquella que se encuentra en situación irregular⁷⁶.

1.4 Derecho al cuidado, protección y seguridad

Este derecho se encuentra desprendido del artículo 3 de la Convención, cuando en su inciso segundo menciona que los Estados se comprometen a asegurar la protección y cuidado que sean necesarias para el bienestar del NNA, estableciendo este amplio ideal de garantizar el desarrollo del menor y la protección contra toda forma de perjuicio o abuso.

Este derecho se encuentra plasmado en la legislación chilena relativa a la niñez migrante, por cuanto en:

- La Política Nacional si bien no menciona este derecho de manera explícita, a lo largo del texto se puede ver como da énfasis a que es la familia quien tiene el deber principal para otorgar el cuidado, protección y seguridad adecuado al menor, pero que el Estado debe otorgar las facilidades para que tengan un grado de

⁷⁶ DiarioUchile, “*La infancia*”, cit. n°78.

desarrollo más amplio y mecanismos focalizados en áreas en que la familia no pueda hacerse del todo cargo. Además pone como un eslabón posterior a la sociedad, en el sentido en que son las personas quienes deben participar de manera activa en el proceso y cumplimiento de políticas públicas, para resguardar dicho derecho.

- La ley 21.325, no señala de manera concreta dicho derecho, pero al estudiar la norma, se puede ver como promueve la protección y seguridad conforme a la legislación vigente de los menores con independencia de la situación migratoria de sus padres o personas que estén bajo su cuidado, con ayuda de las instituciones competentes para cada caso en particular.
- La ley 21.430, en su artículo 10 viene a plasmar dicho derecho, otorgando de manera preferente su ejercicio a los padres, señalando: *“(…) Los padres y/o madres tienen el derecho preferente de educar, cuidar, proteger y guiar a sus hijos, y el deber de hacerlo permanentemente, de modo activo y equitativo, sea que vivan o no en el mismo hogar con sus hijos (…). Es deber del Estado, especialmente, respetar, promover y proteger el ejercicio de este derecho, así como el cumplimiento de los deberes paternos y/o maternos”*, de esta manera remarca al estado su deber garantista para proporcionar los medios que sean necesarios para el ejercicio de dicho derecho.

Si bien es cierto que el primer ámbito de cuidado y protección lo deben entregar los padres y/o familiares al menor, esto se torna en una ola de incertidumbre mientras que el paso por un país que no es el de origen se forja en un contexto de inestabilidad y dificultades para afrontar la permanencia en el país, trayendo como consecuencia que los principales afectados sean los menores, ya que no cuentan con su principal mecanismo de resguardo que es la familia, sobre todo en casos de migración irregular, en donde en ocasiones son separados o abandonados a su suerte.

Es por ello que se le otorga al Estado esta segunda barrera de protección, en donde a la vista de las dificultades y vulneraciones de las que pueda ser o esté siendo víctima el menor, establezca de manera anticipada los mecanismos que tiendan a su salvaguarda de la manera más rápida posible, cosa que Chile no ocurre, ya que aún existe deficiencia al advertir que tales vulneraciones se están llevando a cabo, en donde las medidas son insuficientes desde el mismo momento de ingreso, todo ello por las altas cifras de NNA que se encuentran indocumentados en el país, aun cuando la identidad y el acceso a documentación, son derechos establecidos en la legislación.

1.5 Situación de vulnerabilidad

La Convención en su preámbulo aterriza esta noción y la establece como una necesidad de los Estados a proporcionar a los NNA el cuidado y asistencia especiales en razón a su situación de vulnerabilidad, en donde como se señalo con anterioridad una de las situaciones es pertenecer a un grupo minoritario, como por ejemplo, ser migrante.

Respecto a este punto, las disposiciones señalan lo siguiente:

- La Política Nacional, realiza su alcance y preocupación al establecer mesas técnicas especiales para aquellos grupos que se encuentran en situaciones más desfavorecidas, y en lo que concierne, crea una mesa técnica sobre niñez y adolescencia en situación migratoria.
- La ley 21.325 por su parte, en su artículo 22 establece la fijación de la “Política Nacional de Migración y Extranjería” señalando que debe tener en consideración *“el respeto y promoción de los derechos humanos del migrante, consagrados en la Constitución Política de la República, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de los que son titulares los extranjeros con independencia de su situación migratoria, con especial preocupación por grupos vulnerables como niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores”*.

- La ley 21.430, a su vez en el artículo 2 precisa a la niñez y adolescencia migrante como un grupo social específico por el cual el Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas o de otro carácter para la defensa y protección de sus derechos de manera que *“garanticen su pleno desarrollo y respeto a las garantías especiales que les otorgan la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes”*.

No es ajeno que los NNA migrantes se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad, el hecho de ser un niño, por lo que depender de un tercero adulto que vele por que sus derechos, de los que no tiene pleno conocimiento no se vean vulnerados, y por otra parte el hecho de ser migrante y residir de manera temporal o definitiva en un país que es ajeno a él y no lo percibe como su hogar, incluso en este caso se podría incluir un tercer factor, que no lo tienen todos, y es la situación migratoria irregular, que impide el acceso a múltiples servicios, no por falta de ley que lo regule, sino porque en la práctica la vulneración no trae consecuencias. El hecho de que la condición migratoria del adulto que acompaña al menor, sea impedimento para que ellos mismos obtengan apoyo estatal y seguridad social, da cuenta de la grave vulneración al interés superior.

Respecto a la situación que enfrentan las personas menores de edad nacidas en Chile, el director de incidencia del SJM señaló que siempre los niños, niñas y adolescentes son el grupo más golpeado por los efectos económicos porque cuando un hogar tiene niños, en términos de acceso a la salud, la educación, seguridad social e ingresos en general se ve más mermado que grupos que no tienen niños, mencionando además, que los niños de la población migrante están en una situación de extrema vulnerabilidad que debe ser atendida por la política pública, de modo que ellos puedan

acceder a la educación, a la salud y a la alimentación, pues en estas edades tempranas ello incide en todo su desarrollo posterior⁷⁷.

1.6 El derecho del niño a la salud

Como se señaló con anterioridad, este derecho se encuentra establecido en el artículo 24 de la CDN, plasmando que los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud, además de tener acceso a servicios médicos, de rehabilitación, atención primaria, etc., debiendo el Estado adoptar las medidas necesarias para las prácticas perjudiciales para la salud del menor.

Dentro de la normativa que regula la migración en relación con los menores de edad, encontramos que:

- La Política Nacional, establece como área estratégica y de orientación prioritaria, la salud integral y bienestar de todos los NNA que habitan el país para su pleno desarrollo físico, mental y social a lo largo del curso de la vida, en donde posee el objetivo de avanzar en el acceso equitativo, oportuno y de calidad a la salud, generando ambientes propicios para el desarrollo de los menores, estimulando culturas de prevención⁷⁸.
- La ley 21.325, en este sentido plasma este derecho en su artículo 15, señalando que: *“Los extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales”*.

⁷⁷ DiarioUchile, “Carlos Figueroa (SJM): “Los niños migrantes están en una situación de extrema vulnerabilidad”, 2021. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/10/06/carlos-figueroa-sjm-los-ninos-migrantes-estan-en-una-situacion-de-extrema-vulnerabilidad/#:~:text=Los%20ni%C3%B1os%20de%20la%20poblaci%C3%B3n,en%20todo%20su%20desarrollo%20posterior%E2%80%9D>. [Fecha de consulta: 06 Diciembre 2022]

⁷⁸ Consejo Nacional de la Infancia, “Política”, cit. n°10, p.85.

- La ley 21.430 por su parte, establece este derecho en su artículo 38, mencionando que: *“Todo niño, niña y adolescente, con independencia de su edad y estatus migratorio, tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a servicios y procedimientos de medicina preventiva, tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud”*.

A pesar de que los NNA migrantes sin importar su situación migratoria por ley tengan acceso al sistema de salud público y acceder a todas las prestaciones que requieran, la verdad es que en el día a día no se pone en práctica.

Los resultados del informe “Niñez migrante y sus derechos en contexto de ingreso irregular”, basado en 603 entrevistas telefónicas relacionadas con el mismo número de niños, niñas y adolescentes, bajo la responsabilidad de 373 personas adultas entrevistadas, que fueron contactadas entre los meses de mayo y julio del año 2021, evidencio que en relación al acceso a la salud, dio cuenta de la alta vulnerabilidad que sufrían los menores, ya que la mayor parte de ellos (57%) no se encontraba inscrito en ningún Centro de Salud Familiar (Cesfam), no contando con previsión de salud. En donde, para la Coordinadora Nacional de Inmigrantes de Chile, estos resultados reflejan una “severa vulnerabilidad configurada principalmente por la mayoritaria exclusión del sistema de salud, exclusión que se genera pese a la vigencia de la normativa existente para el resguardo del acceso al sistema de salud pública de NNA migrantes y de sus familias”⁷⁹.

⁷⁹ Infomigra, *“Informe sobre realidad de la niñez migrante en Chile revela ineficiencia de políticas públicas y vulneraciones de derechos”*, 2021. Disponible en: <https://www.infomigra.org/informe-sobre-realidad-de-la-ninez-migrante-en-chile-revela-ineficiencia-de-politicas-publicas-y-vulneraciones-de-derechos/>. [Fecha de consulta: 06 Diciembre 2022]

1.7 El derecho del niño a la educación

Este derecho se encuentra garantizado en la Convención, como se señaló con anterioridad, en su artículo 28, obligando al Estado a garantizar y asegurar por lo menos la educación primaria de manera gratuita y obligatoria.

En este sentido, la legislación chilena relativa a la niñez migrante, señala que:

- La Política Nacional, establece este derecho como un área estratégica y de orientación prioritaria para promover una formación integral que favorezca el desarrollo pleno de los NNA y sus capacidades de ser y hacer, dilucidando que la educación trasciende el ámbito escolar, involucrando a la familia, establecimiento educacional y a la comunidad como espacios formativos que inciden de manera directa en el desarrollo e inclusión social de la niñez y adolescencia⁸⁰.
- La ley 21.325, establece este derecho en su artículo 17, señalando que: *“el Estado garantizará el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media a los extranjeros menores de edad establecidos en Chile, en las mismas condiciones que los nacionales. Tal derecho no podrá denegarse ni limitarse a causa de su condición migratoria irregular o la de cualquiera de los padres, o la de quien tenga el cuidado del niño, niña o adolescente”*.
- La ley 21.430, establece este derecho en el artículo 41, señalando: *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser educados en el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades (...). Los órganos de la Administración del Estado competentes tomarán todas las medidas necesarias para que ningún niño, niña o adolescente sea excluido del sistema educacional o vea limitado su derecho a la educación por motivos que puedan ser constitutivos de discriminación arbitraria (...)”*.

⁸⁰ Consejo Nacional de la Infancia, *“Política”*, cit. n°10, p. 87

En este respecto la Defensora de la Niñez, Patricia Muñoz, señala que todo niño/a independiente de su situación migratoria, tiene derecho a la educación, por lo que es deber de los organismos del Estado asegurar este derecho. Los problemas de exclusión educativa debido a la falta de matrícula de niños, niñas y adolescentes generan una serie de efectos, como rezago educativo y afectación del aprendizaje esperado. Existe suficiente evidencia de que, a mediano plazo, se ha comprobado el efecto de la exclusión educativa en, por ejemplo, problemas de salud mental y consumo problemático de sustancias, así como en la reincidencia de la conducta delictiva⁸¹.

El mismo informe “Niñez migrante y sus derechos en contexto de ingreso irregular”, dio cuenta sobre la vulneración de este derecho, al dejar entrever que solo 72% de ellos y ellas se encuentran con matrícula en algún establecimiento educacional. Incluso, entre los menores de siete años, la matrícula no alcanza a la mitad de ellos (45%), en donde la causa principal de no encontrarse inscritos en establecimientos educacionales es no tener vacante (26,3%), seguido de quienes aún no habían buscado matrícula (13,2%) y no tenían información o el niño(a) tenía menos de seis años (11,4%)⁸².

La respuesta a tan complejas problemáticas no se encuentra en priorizar a un grupo de niños por sobre otros, sino que en reconocer la responsabilidad del Estado en generar políticas públicas acordes a los nuevos contextos, permitiéndonos responder de forma adecuada a todo niño/niña y adolescente con prescindencia de su lugar de nacimiento⁸³.

⁸¹ SJM Chile, “*La emergencia*”, cit. n°77.

⁸² Infomigra, “*Informe*”, cit. n°88.

⁸³ Ciper15, “*Educación, infancia migrante y la política de respuestas equivocadas*”, 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/11/24/educacion-e-infancia-migrante/>. [Fecha de consulta: 06 Diciembre 2022]

2. Mecanismos de protección que otorga la legislación frente a vulneraciones de los derechos de los niños migrantes

Dentro de este marco es deber del Estado identificar a los niños, niñas y adolescentes migrantes que requieran de protección al estarse vulnerando sus derechos, esto ya que se encuentran bajo su jurisdicción, esto con el objetivo de otorgarles la ayuda que sea adecuada en relación a la situación particular de cada menor, o bien del grupo de menores que este siendo afectado.

En primer lugar se deberá identificar si efectivamente se trata de un menor de edad, y posterior a ello si se encuentra no acompañado(a) o bien, separado (a) de su familia, debido a que de ser el caso, esto exige un tratamiento prioritario y diferenciado por parte del Estado. Una vez determinada la condición, se debe notificar a las autoridades competentes para que se nombre a un tutor o tutora, los cuales desempeñan sus respectivas funciones hasta que el menor cumpla la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio. Posterior, se debe realizar una entrevista con la finalidad de registrar la información para ser remitido a los organismos que velarán porque los derechos del menor sean resguardados o bien restablecidos⁸⁴.

En caso de que uno o más derechos se vean vulnerados, se establecen distintos mecanismos que cumplen el rol de velar para que primeramente se tome conocimiento y posterior a ello se tome el procedimiento adecuado para cada caso con la finalidad de que sus derechos sean resguardados. Para ello, en primer lugar se debe realizar una denuncia al órgano competente, el cual dependerá de que derecho del NNA es el que se está viendo transgredido:

En caso de relacionarse al área de la educación, se debe concurrir a la Superintendencia de Educación, órgano encargado de contribuir al aseguramiento y

⁸⁴ IPPDH, MERCOSUR, Save the Children, “*Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración*”, 2019. Disponible en: https://www.colectivamujeres.org/data/documentos/ManualProteccionNinezMigrante_web.pdf. [Fecha de consulta: 06 Diciembre 2022]

calidad del ejercicio del derecho de educación parvularia y escolar. Si se relacionan con el área de la salud, se procede a concurrir a la Superintendencia de Salud, órgano encargado de proteger y promover los derechos en salud de las personas, en relación al sistema de salud al que está adscrito (FONASA, ISAPRE) y prestadores. Si los derechos transgredidos se relacionan con el área de Familia, se debe concurrir a los Tribunales de Familia, Oficinas Local de Protección de Derechos de la misma comuna, o bien a la Municipalidad de la comuna en la que se encuentren. En caso de relacionarse con hechos que puedan revestir el carácter delito, debes realizar la denuncia correspondiente ante algunos de los órganos que se señalan a continuación: Ministerio Público, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile o Tribunales de Justicia⁸⁵.

Ahora bien, la ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia habilita en el artículo segundo, inciso final que frente al incumplimiento de los deberes que establezca la misma ley, habilita a toda persona a interponer las acciones correspondientes para que se restaure el ejercicio de tales derechos:

Artículo 2, inciso final: *“La omisión en la observancia de los deberes que por esta ley corresponden a los órganos del Estado habilita a toda persona a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de los recursos y procedimientos más breves, sencillos, expeditos y eficaces que se encuentren actualmente vigentes por amenaza o vulneración de derechos fundamentales o que sean especialmente establecidos por una ley que no podrá desmejorar las garantías existentes en el momento de su regulación. Lo anterior, sin perjuicio de la acción de tutela administrativa de derechos establecida en el artículo 60 de la presente ley”.*

⁸⁵ Defensoría de la Niñez, *“Que hago en caso de vulneración de los derechos de los niños”*. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/que-hago-en-caso-de-vulneracion-de-los-derechos-de-los-ninos/>. [Fecha de consulta: 06 Diciembre 2022]

Por ende, con la finalidad de proteger de manera integral y especial⁸⁶ los derechos de los menores migrantes, ya sea por su situación migratoria, por las condiciones en las que desarrollen su día a día (ya que es en donde más se evidencian las vulneraciones), o bien ambos, es que la protección comienza en el ámbito local, por las Oficinas Locales de la Niñez, desarrollándose este procedimiento como una instancia de colaboración, conciliación y de apoyo a la función cuidadora de las familias, en resguardo del interés superior del niño, niña o adolescente.

La protección judicial que lleva a disponer de los tribunales de justicia ante casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos fundamentales, no es excluyente de la administrativa⁸⁷, bajo ese respecto los principios generales para que se adopten y apliquen las medidas de protección, ya sea administrativa o judicial, según el “Procedimiento del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia”, deberá atender a lo siguiente: Adoptarse fundadamente en un procedimiento que contemple las garantías del debido proceso pertinentes, con celeridad y especial diligencia; determinarse solo cuando ella sea necesaria y proporcional, se oriente hacia la satisfacción integral y óptima de los derechos del niño, niña o adolescente amenazados o afectados y considere su contexto familiar y comunitario; establecerse por el tiempo necesario que asegure la protección y garantizar su revisión periódica por la autoridad que la haya decretado; adoptarse solo una vez que se haya oído al niño, niña o adolescente a quien pudiere afectar, en el caso que corresponda, atendiendo a su desarrollo y madurez, y a sus padres, madres, representantes o personas que lo tengan bajo su cuidado; revocarse o sustituirse, según sea el caso, si cambian las

⁸⁶ A partir de la guía legal sobre “Procedimientos del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia”, la protección integral corresponderá a aquella que efectúe el Estado respecto de los menores en los ámbitos de promoción y defensa de derechos, seguimiento y acompañamiento y protección de derechos. En cambio, la protección especial de derechos será aquella destinada a niños, niñas y adolescentes que necesiten de servicios y prestaciones que provean una atención diferenciada y especializada, la cual deberá incorporar acciones de reparación psicosocial y restitución de derechos, cuando estos se han visto amenazados o vulnerados.

⁸⁷ BCN, “*Procedimientos del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia*”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/procedimientos-del-sistema-de-garantias-y-proteccion-integral-de-los-derechos-de-la-ninez-y-adolescencia>. [Fecha de consulta: 06 Diciembre 2022]

circunstancias que motivaron su adopción; renovarse sólo si persisten las circunstancias que motivaron su adopción y existen antecedentes de que la actuación ha resultado idónea para los fines perseguidos⁸⁸.

3. Mecanismos jurídicos de derecho internacional ante eventuales incumplimientos.

3.1 Comité de los Derechos del Niño

La Convención, en Abril del 2014 estableció un procedimiento de comunicación con el Comité de los derechos del niño tras la entrada en vigor del “Tercer Protocolo Facultativo”, el cual entre sus mejoras en la defensa de los derechos de la infancia, instaura mecanismos de denuncia directa de los niños y niñas, sujetos de derechos y de instituciones independientes que les defienden. Lo que significa que cualquier NNA puede presentar ante el Comité denuncias sobre las violaciones de sus derechos, una vez agotadas las vías legales del país correspondiente, trasladando de esta forma su situación al Comité, el cual será el encargado de adoptar las medidas para proteger a los NNA contra cualquier posible represalia, solicitando al Estado que adopte medidas provisionales para proteger al niño o grupo de niños, por ende no será necesario esperar cinco años para la presentación de informes y que el comité de expertos dicte las recomendaciones necesarias contra la vulneración de derechos, sino que a través de las denuncias y quejas recibidas, el Comité podrá emitir recomendaciones al Estado en cualquier momento⁸⁹.

⁸⁸ BCN, “*Procedimientos*”, cit. n°87.

⁸⁹ Ciudades Amigas de la Infancia, “*Existe una vía para denunciar violaciones a los derechos de la infancia*”, 2015. Disponible en: <https://ciudadesamigas.org/la-cdn-cuenta-con-un-protocolo-para-la-denuncia-una-vez-agotadas-las-vias-dentro-del-estado/>. [Fecha de consulta: 08 Diciembre 2022]

3.1.1 Mecanismos para realizar las denuncias

3.1.1.1 Individual

Con arreglo al procedimiento de comunicaciones, es aquel en donde la denuncia podrá ser presentada por, o en nombre de⁹⁰, personas o grupos de personas, que afirmen ser víctimas de una violación por parte del Estado parte, de cualquiera de los derechos establecidos en la Convención, el protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁹¹.

3.1.1.2 Investigaciones

Este proceso se lleva a cabo en caso de violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte, a los derechos establecidos en la Convención o sus protocolos facultativos, teniendo como ventaja que el Comité investigue violaciones y abusos a gran escala de los derechos de los NNA, al tiempo que permite denuncias que no involucren a un menor en concreto. Las investigaciones también permiten un anonimato mayor para las personas que quieren elevar una denuncia contra el responsable del Gobierno⁹².

3.1.1.3 Comunicaciones entre Estados

Este mecanismo es que permite a un Estado parte interponer una denuncia en contra de otro Estado parte por el no cumplimiento de las obligaciones que han asumido en pos de resguardar los derechos de los NNA, establecidos en los tres instrumentos señalados con anterioridad: la Convención, el protocolo facultativo de la Convención relativo a la

⁹⁰ Según lo establecido por el Tercer Protocolo, la representación requerirá el consentimiento de la persona o grupo de personas, a menos que el representante justifique el actuar en su nombre sin el consentimiento.

⁹¹ Naciones Unidas, “*Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones*”, art.5, 2011. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf. [Fecha de consulta: 08 Diciembre 2022]

⁹² Ciudades Amigas de la Infancia, “*Existe una vía*”, cit. n°98.

venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁹³.

3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana -desde ahora solo Corte- es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales⁹⁴.

La función contenciosa es aquella en donde la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano, asimismo, a través de esta vía, la Corte realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias. Por otro lado, la función contenciosa corresponde al medio por el cual la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos o los órganos de la misma acerca de la compatibilidad de las normas internas con la Convención, la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Por último, en la función de dictación de medidas provisionales, es por la cual se procede con las medidas que dicta la Corte en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las

⁹³ Naciones Unidas, “*Protocolo Facultativo*”, cit. n°100, art.12.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “¿*Qué es la Corte IDH?*”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm. [Fecha de consulta: 09 Diciembre 2022]

personas, estos tres requisitos tienen que comprobarse, prima facie, para que se otorguen estas medidas⁹⁵.

Ante la Corte no se puede presentar un caso de vulneración de derechos por parte de un Estado de manera directa, ya que solo lo pueden hacer los Estados partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -desde ahora solo Comisión-, ahora bien, para que una persona o presunta víctima pueda escalar hasta la Corte, debe primeramente agotar las instancias judiciales internas de conformidad con la legislación del país de que se trata, luego procede a presentar su petición ante la Comisión (no se exige la representación de un abogado para la realización de los trámites) completando el procedimiento que se ha previsto para tal efecto, en un plazo no superior a seis meses desde la notificación de la sentencia definitiva que agotó los recursos internos, en donde uno de los resultados del análisis que realice será la emisión de un informe de fondo que contendrá las observaciones y recomendaciones al Estado infractor, que posteriormente será el que presentará la Comisión a la Corte. Es importante señalar que se remiten a la Corte solo los casos respecto de los Estados que han ratificado la Convención Americana.

Remitiéndose el caso a la Corte por parte de la Comisión, y cumpliéndose los con los requisitos del escrito⁹⁶, se da por iniciado el proceso, en donde, si por algún motivo no se puede contar con la víctima, o un representante legal, la Corte podrá designar un defensor interamericano de oficio en cas de que presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada así lo deseen. El procedimiento tiene un promedio de duración de a lo menos 22.2 meses, considerando desde la fecha de sometimiento de un caso ante la Corte, hasta la fecha de emisión de sentencia de reparaciones por parte de la Corte. En el momento de adopción de sentencia, los Jueces deliberarán en el periodo de

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “¿Qué es la Corte IDH?”, cit. n°103.

⁹⁶ Hechos violatorios, datos de las víctimas y sus familiares o representantes, motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte y las observaciones sobre la respuesta estatal respecto de las recomendaciones del informe de fondo del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

sesiones en el que se haya previsto su emisión, discutiendo y aprobando los diferentes párrafos del proyecto, hasta llegar a los puntos resolutiveos de la sentencia que son objeto de votación final, necesitándose un quorum de cinco jueces para la deliberación, siendo el resultado de esta la sentencia definitiva, la cual será inapelable⁹⁷.

Por ende, para que en este caso las vulneraciones a los NNA migrantes que en este caso se ven afectos a ciertas condiciones que no protegen su interés superior y los derechos derivados del mismo, cualquier persona o grupo de personas debería proceder y agotar de manera interna todas las instancias, para posteriormente recurrir y presentar el caso a la Comisión y que sea este el ente encargado de llevar el caso ante la Corte Interamericana.

3.2.1 Caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia

Un caso interesante sometió la Comisión ante el conocimiento de la Corte Interamericana que da cuenta de la perspectiva de la Corte frente la migración, y en este particular de los menores migrantes, es el caso de la familia Pacheco Tineo que se refiere a la alegada devolución de la familia Pacheco Tineo desde el Estado de Bolivia al Estado del Perú el 24 de febrero de 2001, en donde tres de los miembros de la familia, eran menores de edad, como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de expulsión adoptada por las autoridades migratorias bolivianas, las cuales tomaron nota de su situación irregular y dispusieron medidas con miras a su expulsión al Perú⁹⁸.

En donde la Comisión en relación a los menores, solicitó a la Corte la declaración de responsabilidad internacional por parte del Estado de Bolivia, por la violación de la obligación de protección especial de los niños y niñas, reconocido en el artículo 19 de la

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos: el cómo, cuándo, dónde y porque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, 2019, p.20. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/26/>. [Fecha de consulta: 09 Diciembre 2022]

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*”, 25 de Noviembre 2013, p.4.

Convención Americana⁹⁹, ya que los menores para el momento de los hechos no fueron considerados en el marco de las determinaciones de los procedimientos de expulsión y de solicitud del estatuto de refugiados, y además no se consideró su interés superior en los procedimientos que tuvieron lugar por parte de las autoridades bolivianas.

En este respecto la Corte señaló que: *“Al respecto, los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”*. *“Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña”*. *“En cuanto al segundo aspecto, en lo que se refiere al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la*

⁹⁹ 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”.

manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”. “La Corte considera que en este caso los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus padres. En ese sentido, la Corte advierte que los menores debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. De esta forma, independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de non refoulement y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión”¹⁰⁰.

3.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos -desde ahora solo Tribunal Europeo-, que es también conocido como “Tribunal de Estrasburgo”, es el Tribunal destinado a enjuiciar (bajo determinadas circunstancias) las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Familia”, cit. n°107, p.73-74.

Libertades Fundamentales -desde ahora CEDH- y en sus protocolos, por parte de los Estados parte de dicho Convenio¹⁰¹.

El Tribunal también ha reconocido la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN) al manifestar que "los derechos humanos del niño, así como las normas que todos los Estados deben tener como objetivo para que todos los menores se beneficien de dichos derechos, se precisan en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas"¹⁰².

Si bien, el Tribunal Europeo no tiene competencia para conocer de un asunto por parte del Estado de Chile, ya que este no constituye un país europeo, es importante señalar la opinión que tiene respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes, en los asuntos sobre los cuales ha tenido injerencia, en donde un caso sobre el que el Tribunal Europeo tuvo que resolver respecto de la vulneración de los derechos del NNA migrante, más específicamente el "derecho al respeto a la vida familiar", establecido en el artículo 8 del CEDH¹⁰³, se remonta al año 2006 denominado "Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica".

Este caso aborda la detención de casi dos meses en un centro de tránsito para adultos gestionado por la Oficina de Extranjería cerca del aeropuerto de Bruselas de una nacional Congolesa de cinco años que viajaba sola para reunirse con su madre que había adquirido el estatus de refugiada en Canadá, y su posterior traslado a su país de origen. Las demandantes (la madre y su hija) alegaron en particular que la detención de la niña

¹⁰¹ Fundación Acción Pro Derechos Humanos, "*Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*". Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>. [Fecha de consulta: 10 de Diciembre 2022]

¹⁰² Child Rights International Network, "*Tribunal Europeo de Derechos Humanos*". Disponible en: <https://archive.crin.org/es/guias/onu-sistema-internacional/mecanismos-regionales/tribunal-europeo-de-derechos-humanos.html>. [Fecha de consulta 10 de Diciembre 2022]

¹⁰³ Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (...).

había constituido una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto a la vida familiar¹⁰⁴.

El Tribunal estimó que se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio con respecto a la niña y a su madre, debido a la detención de la niña. Observó en particular que una de las consecuencias de la detención de la niña era separarla de su tío (con el que había llegado al aeropuerto de Bruselas), convirtiéndola en una menor extranjera no acompañada, categoría respecto de la cual existía un vacío legal en ese momento. La detención había retrasado considerablemente la reunión con su madre. El Tribunal observó además que, lejos de facilitar la reunión con su madre, la actuación de las autoridades belgas la había obstaculizado. Por último, el Tribunal observa que, dado que no existía ningún riesgo de que la niña intentase sustraerse a la vigilancia de las autoridades belgas, su internamiento en un centro cerrado para adultos no había servido a ningún propósito y podrían haberse adoptado otras medidas más favorables al interés superior de la niña. Además, al tratarse de una menor extranjera no acompañada, Bélgica tenía la obligación de facilitar la reagrupación familiar. Por lo tanto, el Tribunal declaró que se había producido una injerencia desproporcionada en el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar. El Tribunal también estableció en este caso que se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio con respecto a la niña y su madre, debido a la deportación de la niña a su país de origen¹⁰⁵.

¹⁰⁴ European Court of Human Rights, “*Ficha técnica – Menores migrantes no acompañados en detención*”, 2021. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Unaccompanied_migrant_minors_detention_SPA.pdf. [Fecha de consulta: 10 de Diciembre 2022]

¹⁰⁵ European Court of Human Rights, “*Ficha técnica*”, cit. n°113.

CONCLUSIÓN

La migración como fenómeno social siempre ha tomado gran relevancia toda vez que se trata de un derecho propio de todo ser humano, en ese sentido dentro de este fenómeno, existe un grupo no pequeño de personas que se deben trasladar de un lugar que consideran su “hogar” para comenzar a establecerse en otro, intentando superar las dificultades sociales que ello conlleva, hablamos de los niños, niñas y adolescentes, este grupo etario que no siendo plenamente conscientes de lo que significa encontrarse en condición de migrante, son arrojados a tener que superar una serie de conflictos dentro de otro país en este caso, ya que en relación a su edad las personas que deben velar por su bienestar y desarrollo, son sus padres o personas a su cuidado, por ende no poseen la capacidad para tomar decisiones que impidan el proceso.

En ese sentido, al verse envueltos en una situación de la que no tienen mayor entendimiento, y se encuentran desprotegidos del resguardo del Estado de su país de origen, uno de los mayores protectores debe ser el Estado en el que son considerados migrantes, en este caso Chile, ya que este ha contraído diversas obligaciones a nivel internacional con respecto al resguardo y ejercicio pleno de los derechos de la niñez, en donde el más grande es la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito nacional, Chile en el marco de su legislación, con las tres normativas señaladas a lo largo de esta investigación, se pudo ver que tenía un claro deber respecto a la protección integral que requieren los menores de edad migrantes, ya que no es hasta el año 2018 con la Política Nacional de Niñez y Adolescencia que por primera vez se oye fuerte que los niños son efectivamente sujetos de derecho y que se deben proteger frente a la vulneración de los mismos, y no es hasta el año 2021 con la nueva Ley de Migración y Extranjería que se legisla sobre la niñez migrante y con mayor preocupación, hasta el año 2022 que con la Ley Sobre Garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia que el país establece de manera íntegra una norma que sea exclusiva de los NNA.

Esto fue claramente perjudicial, dañino y dio cuenta de cómo el Estado de Chile no cumplió con sus obligaciones internacionales al ratificar un tratado como lo es la Convención en 1990, que viene plenamente a reconocer los derechos de los NNA, comprometiéndose con una serie de deberes desde ese momento, en donde el propio Comité señaló en cada informe la preocupación que existía frente a la no existencia de una ley que reconociera y protegiera de manera explícita y eficaz los derechos que poseen los menores, perjudicando enormemente a los que ingresan al país, ya que por ende fueron víctimas de una serie de vulneraciones que quedaron enterradas, debido a la falta de responsabilidad por parte de nuestro país.

Es más, por aquellos vacíos que presentaba nuestra legislación, los más afectados siempre han sido los NNA migrantes que se encuentran en situación irregular, ya que a pesar de ser sujetos que gozan de los mismos derechos a nivel internacional y se podría decir que en su mayoría a nivel nacional, siguen siendo personas que poseen más de una condición de vulnerabilidad que la ley no ha podido plasmar de la mejor manera, en donde se encuentra, su condición de niño, de migrante, posiblemente irregular, y que bajo ese prospecto el desarrollo de su día a día sea bajo condiciones que no favorecen en su desarrollo.

Se pudo entrever que con la Política Nacional de Niñez y Adolescencia, si bien se dio pie a la salvaguarda y respaldo de los derechos en ciertos ejes (como lo son educación y salud por ejemplo), es cierto que en las poblaciones con menores migrantes irregulares, las prácticas se restringían, viendo que la condición en la que se encuentran en el país es efectivamente un factor que incide en la exigencia al momento de ejercer sus derechos, ya que fueron el foco de menores en los que incluso el Sistema de Protección Integral de Derechos (SPID) no pudo trabajar de manera correcta, a pesar de ser señalados como grupo prioritario.

A su vez, la nueva Ley de Migración y Extranjería (Ley 21.325), vino a entablar por primera vez en rango legal a los niños, niñas y adolescentes, respecto de algunas

regulaciones, que con anterioridad estaban dispersas en distintos decretos, promoviendo de esta manera la protección y una regularización más amena, sobre todo para los menores. Sin embargo, es importante entrever como antes del año 2021, que comienza a regir esta ley, los NNA no poseían siquiera algún apartado que ampara su estar en el país, más que el mismo tratado, dejando ver como el país fue incapaz de ponerlos en la palestra, sino hasta 31 años después.

Es con la llegada de esta nueva ley, junto con la 21.430, Sobre garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia que se consagra en Chile el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, en donde además de reconocer la calidad de sujetos de derechos que posee, recalca la importancia de que todo los procedimientos y decisiones que afecten a este grupo, sea llevado a cabo sin distinciones ni discriminaciones, protegiendo así en rango legal, a los menores en condición de migrantes, sin importar su situación migratoria, creando incluso uno de los entes más focalizados en el resguardo y protección, como lo son las Oficinas de la Niñez.

In situ el interés superior del niño comprendido derechamente en su rol dentro de la Convención, ha llegado a ser uno de los principios rectores más importantes de esta, estableciendo cuales son las consideraciones que se le atribuyen y como llega a ser una noción con más de una interpretación dentro del sistema, ya que engloba toda la idea de que existe una preocupación mayor respecto de los menores y que todas aquellas decisiones que pueden llegar a ser un punto crucial dentro de la vida y el ejercicio del menor en sus derechos.

Los elementos desprendidos para evaluarlo y lograr de esa manera tomar la decisión de manera responsable, han dejado percibir los ámbitos más importantes dentro del ejercicio de los derechos de los NNA y como la Convención los eleva para ser considerados en todo proceder. En este sentido siempre ha existido la preocupación de sí verdaderamente Chile ha logrado establecer como núcleo dicho precepto, lo cual

considero que no lo ha logrado de la mejor manera, ya que a pesar de encontrarse estipulado, en la práctica existe una falta de preocupación en lo relativo a la fiscalización de aquellas prácticas, en donde los migrantes en situación de calle, aun encontrándose de manera regular en el país, siguen viéndose vulnerados en cuanto a su integridad, y que la poca eficiencia del sistema, los orilla a dejar de lado su condición de menor, para enfrentar su condición de migrante, dando cuenta de la falta de un sistema que se encuentre acorde a los estándares internacionales establecidos.

En la puesta en práctica de promover y resguardar dicho interés, nuestro país ha dado cuenta de una clara falta, ya que se ha utilizado este concepto mayoritariamente en vano, visto desde el propio momento en el que ingresan al país, debido a que en múltiples ocasiones derivados de relatos que no tienen una fuente formal para declarar su experiencia, han dado cuenta del énfasis que ha puesto el país para que los menores sean repatriados a su país de origen, lo cual cabe aclarar, que no es una actuación contraria al ordenamiento, pero el hecho de que sea realizada sin un procedimiento previo lo es.

De los elementos establecidos para determinar el interés superior, se pudieron desprender una serie de derechos que los vinculan en donde todos ellos se encontraban expresamente regulados en alguna de las dos leyes estudiadas, y señalados en la Política Nacional de Niñez y Adolescencia para que dentro de los años en que rija, se realicen alcances y acciones que tiendan a mejorar el desarrollo del ejercicio de estos mismos. Sin embargo, la puesta en práctica de dicha protección y desarrollo se aleja mucho de lo que día a día se presencia en el país, sobre todo en el norte y centro, ya que en los últimos meses variados reportajes y noticias han dado cuenta de lo que se contempla al detenernos solo un momento en el centro de la ciudad, sin ir más lejos, en Copiapó se ha visto en aumento la población migrante, y con ello un mayor número de menores de edad, en donde generalmente se ven envueltos en situaciones en las que los padres se aprovechan de su edad para utilizarlo en su propio beneficio y conseguir, por ejemplo dinero a cambio con la venta de algún dulce. Lo preocupante es que estas acciones

vienen ocurriendo desde hace mucho tiempo y las autoridades no han intervenido en favor de aquellos NNA, aun cuando uno de los derechos en favor de su interés superior es el cuidado, protección y seguridad, en donde es deber del Estado respetar y promover el ejercicio de ese derecho, viéndose no solo vulnerado, sino que generando un contexto de incertidumbre, ya que el o los menores están siendo primeramente vulnerados desde su mecanismo principal de protección, que es la familia, y segundo por el Estado.

Bajo ese respecto, otro de los derechos efectivamente vulnerados en relación al párrafo anterior es el derecho a que se les otorgue asistencia y cuidados especiales en razón de su situación de vulnerabilidad, ya que lo que inspiro esta tesis es efectivamente esa condición en la que se ven envueltos al no poder protegerse por sí mismos del proceder que le otorgan desde su llegada, posterior a ella e incluso desde antes, a un tercero que por lo general es un familiar, tomando la decisión de migrar (la cual debe ser muy difícil por las condiciones en las que se encontraban en su país de origen), además se le suma el no darles el lugar de menor que les corresponde, con todo lo que ello conlleva.

En ese sentido, frente a constantes vulneraciones a los derechos de los menores migrantes, se ha establecido como mecanismo principal la denuncia al órgano competente, el cual dependerá del área en la que se esté viendo transgredido el menor. También con ello la Ley 21.430, le otorga la facultad a cualquier persona a interponer las acciones correspondientes, al observar que el Estado está en posición de pasividad e inobservancia frente a los deberes que le correspondan realizar, ampliando de esta manera el sujeto legitimado para poner en movimiento los órganos del Estado.

A nivel internacional, el mecanismo fundamental frente a vulneraciones que contempla la Convención es el propio Comité de los Derechos del Niño, en donde ante él se puede denunciar de manera directa, siempre y cuando se hayan agotado las instancias del país correspondiente, en este caso Chile. En este punto el Comité además de dictar las recomendaciones correspondientes, podría llegar a sancionar al país en el

evento de verificar que no se están llevando a cabo los consejos establecidos. La posibilidad de llegar a instancias superiores como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede ser solamente por la denuncia de un Estado parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o bien, porque el Comité presente el caso (recordando que siempre se deben agotar las instancias internas en el país al que se denuncia).

Ahora bien, la Corte Interamericana por su parte, ha sido enfática en señalar que la situación de vulnerabilidad por la que atraviesan los menores, debe obligar al Estado a actuar en su especial atención con sumo cuidado, asumiendo de esta manera de la manera más responsable posible su rol de garante, detallándose esta posición en el caso contra el Estado de Bolivia: “Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia”, en donde la Corte toma especial énfasis en el interés superior de los menores y el seguimiento riguroso que deben adoptar los Estados para su cumplimiento, aun cuando sean migrantes que se encuentren en condición irregular.

Una visión similar ha tenido incluso el Tribunal Europeo, reconociendo la importancia de la Convención para las decisiones que se adopten en resguardo y protección de los derechos de los menores migrantes. Lo que finalmente da cuenta que como país aún falta instaurar mecanismos certeros que ofrezcan protección sin discriminación, sobre todo a los migrantes irregulares en condición de calle, ya que es imposible avanzar cuando los sujetos de derechos con menos “poder de acción” para hacer valer sus derechos se ven invisibilizados y vulnerados por un ente mayor el cual es el Estado.

BIBIOGLAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *“Efectos jurídicos del divorcio”*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011.

BCN, *“Procedimientos del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia”*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/procedimientos-del-sistema-de-garantias-y-proteccion-integral-de-los-derechos-de-la-ninez-y-adolescencia>.

BCN, Ley 21430. *Sobre Garantías Y Protección Integral De Los Derechos De La Niñez Y Adolescencia*. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 15 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>.

BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, *“El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno”*. Actualidad jurídica n°42, Julio 2020.

BRUÑOL, Miguel Cillero. *“El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño”*, 1999, vol. 125, no 9.

CHARLES PACHECO, Claudia, *“¿Expulsar o proteger? El equilibrio entre las normas migratorias y el Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes”*, 2021. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2021/12/COMPENDIO-MEJORES-TRABAJOS-2020.pdf#page=55>.

Child Rights International Network, “*Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Disponible en: <https://archive.crin.org/es/guias/onu-sistema-internacional/mecanismos-regionales/tribunal-europeo-de-derechos-humanos.html>.

Ciper15, “*Educación, infancia migrante y la política de respuestas equivocadas*”, 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/11/24/educacion-e-infancia-migrante/>.

Ciudades Amigas de la Infancia, “*Existe una vía para denunciar violaciones a los derechos de la infancia*”, 2015. Disponible en: <https://ciudadesamigas.org/la-cdn-cuenta-con-un-protocolo-para-la-denuncia-una-vez-agotadas-las-vias-dentro-del-estado/>.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Consejo Nacional de la Infancia. Política Nacional de Niñez y Adolescencia, Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*¿Qué es la Corte IDH?*”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos: el cómo, cuándo, dónde y porque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, 2019. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/26/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*”, 25 de Noviembre 2013.

Decreto 296. Aprueba Reglamento De La Ley N° 21.325, De Migración Y Extranjería. Diario Oficial de la República. Santiago, 12 de febrero 2022.

Defensoría de la Niñez, “*Estudio de Opinión: Niños, Niñas y Adolescentes 2019*”, 2020. Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/Estudio_opinion_nna_2019-VF.pdf

Defensoría de la Niñez, “*Que hago en caso de vulneración de los derechos de los niños*”. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/que-hago-en-caso-de-vulneracion-de-los-derechos-de-los-ninos/>.

DiarioUchile, “*Carlos Figueroa (SJM): “Los niños migrantes están en una situación de extrema vulnerabilidad”*”, 2021. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/10/06/carlos-figueroa-sjm-los-ninos-migrantes-estan-en-una-situacion-de-extrema-vulnerabilidad/#:~:text=Los%20ni%C3%B1os%20de%20la%20poblaci%C3%B3n,en%20todo%20su%20desarrollo%20posterior%E2%80%9D>.

DiarioUchile, “*La infancia: una realidad invisible de la crisis migratoria*”, 2021. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/10/29/la-infancia-una-realidad-invisible-de-la-crisis-migratoria/>.

Estadísticas, Instituto Nacional de Migración. Disponible en: <https://www.ine.cl/ineciudadano/definiciones-estadisticas/poblacion/migracion>.

European Court of Human Rights, “*Ficha técnica – Menores migrantes no acompañados en detención*”, 2021. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Unaccompanied_migrant_minors_detention_SPA.pdf.

FREEDMAN, Diego, “*Funciones normativas del interés superior del niño*”, Vol. II, 2005. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Nicolo-Bellanca/publication/257871911_Elementi_di_un'analisi_del_terrorismo_contemporaneo/links/0deec525feee007cd4000000/Elementi-di-unanalisi-del-terrorismo-contemporaneo.pdf#page=114.

Fundación Acción Pro Derechos Humanos, “*Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*”. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>.

Good Neighbors Chile, “*Derechos del Niño y de la Niña*”. Disponible en: https://goodneighbors.cl/derechos-del-nino-nina-chile/?campaignid=12312605185&adgroupid=123333918891&adid=497806681377&gclid=Cj0KCQjw4omaBhDqARIsADXULuUxeXCpLLjWZ1sIyW6TDdhw4OxR3WFDL7jUo0V0JlnfPG-5hRQAmzUaAnqLEALw_wcB.

Infomigra, “*Informe sobre realidad de la niñez migrante en Chile revela ineficiencia de políticas públicas y vulneraciones de derechos*”, 2021. Disponible en: <https://www.infomigra.org/informe-sobre-realidad-de-la-ninez-migrante-en-chile-revela-ineficiencia-de-politicas-publicas-y-vulneraciones-de-derechos/>.

IPPDH, MERCOSUR, Save the Children, “*Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración*”, 2019. Disponible en: https://www.colectivamujeres.org/data/documentos/ManualProteccionNinezMigrante_web.pdf.

MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, DEL MORAL BLASCO, Carmela, “*Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*”, 2017. Disponible en:

https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf.

MEDINA LEMA, María Consuelo. *“El concepto del interés superior del niño: su alcance en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia”*. 2015. Tesis Doctoral. Universidad Católica de la Santísima Concepción.

Ministerio de Desarrollo Social y Familia, *“Presidenta Bachelet presentó la Política Nacional de Niñez y Adolescencia y firmó proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez”*. Disponible en: <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/presidenta-bachelet-presento-la-politica-nacional-de-ninez-y-adolescencia-y-firmo-proyecto-de-ley-qu>.

Ministerio de Desarrollo Social, Oficina Nacional de Calle, Chile avanza con todos, *“Política Nacional de Calle: Una estrategia para la inclusión de las personas en situación de calle”*, 2011. Disponible en: https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/politnac_calle.pdf

Naciones Unidas, *“Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones”*, 2011. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf.

Naciones Unidas, Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado, *“Introducción al Comité”*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/monitoring-childrens-rights>.

Nueva Ley de Migraciones, Chile Atiende, 08 junio 2022. Disponible en: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/91505-nueva-ley-de->

[migraciones#:~:text=El%2011%20de%20abril%20de,migraci%C3%B3n%20segura%20C%20regular%20y%20responsable.](#)

Organización Internacional para las Migraciones, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos, “*Derechos humanos de personas migrantes: Manual Regional*”, 2017. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>.

Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025, “*Sistema de Protección Integral de Derechos (SPID)*”. Disponible en: <https://plandeaccioninfancia.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/sobre-el-plan#>.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “*El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno*”, Rev. chil. Derecho, versión on-line, vol.42 no.3 Santiago dic. 2015. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007#n02.

Rev. Derecho (Valdivia), vol.35, n°1, Valdivia, Junio 2022, “*El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena*”. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502022000100237&lng=es&nrm=iso&tlng=es#fn12.

Rocío Faúndez, subsecretaria de la Niñez: “Tenemos el mandato de proteger y garantizar que todas las niñas, niños y adolescentes puedan desarrollarse en un ambiente libre de violencia y ejerciendo plenamente sus derechos”, 2022. Disponible en: <https://www.gob.cl/noticias/rocio-faundez-subsecretaria-de-la-ninez-tenemos-el-mandato-de-proteger-y-garantizar-que-todas-las-ninas-ninos-y-adolescentes-puedan->

[desarrollarse-en-un-ambiente-libre-de-violencia-y-ejerciendo-plenamente-sus-derechos/](#).

SDN, “*Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños*”. Ginebra, Suiza. 24 de diciembre de 1924. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracin de Ginebra 1924 - Derechos del Nio.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracin%20de%20Ginebra%201924%20-%20Derechos%20del%20Nio.pdf).

SJM Chile, “*La emergencia nacional de la niñez migrante: Los inciertos derechos de los niños que cruzan la frontera*”. Disponible en: <https://sjmchile.org/2022/04/06/la-emergencia-nacional-de-la-ninez-migrante-los-inciertos-derechos-de-los-ninos-que-cruzan-la-frontera/>.

Spa, Montt Group, “*Se Publica Ley 21.430: Ley Marco que Sienta las Bases Generales del Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez*”. Disponible en: <https://www.monttgroup.com/alerta/se-publica-ley-21-430-ley-marco-que-sienta-las-bases-generales-del-sistema-de-garantia-de-los-derechos-de-la-ninez/>.

Subsecretaría de la Niñez, Ministerio de Desarrollo Social y Familia. “*Informe de Niñez y Adolescencia 2020*”. 2021.

Subsecretaria de la Niñez. “*Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*”. Disponible en: <https://plandeaccioninfancia.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/acciones/167-incorporar-tematica-de-ninez-y-adolescencia-en-diagnostico-de-situacion-migratoria-que-se-esta-desarrollando-para-elaborar-la-politica-migratoria/2>.

UNICEF, “*Convención sobre los Derechos del Niño*”. Nueva York, 20 de noviembre 1989.

UNICEF, “*Justicia y Derechos del Niño*”, número 1. Disponible en: https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf.

UNICEF. “*Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos*”. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-tienen-derechos#:~:text=Chile%20ratific%C3%B3%20este%20convenio%20internacional,en%20decisiones%20que%20les%20afecten>.