

OBSERVACIONES EN RELACIÓN A LA NIÑEZ MIGRANTE EN EL MARCO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA SOLICITADA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

María Elena Vásquez, directora del Programa “Niños y niñas sin fronteras” de la Corporación Colectivo Sin Fronteras de Chile; Carlos Muñoz Reyes, vocero de la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile; Julio Cortés Morales, académico de la Clínica de Infancia de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Chile, e Iskra Pavez Soto, académica de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile, a ustedes respetuosamente nos dirigimos haciendo llegar en virtud del artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nuestro escrito de Observaciones en relación al procedimiento de generación de Opinión Consultiva solicitada a esta Corte por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay con fecha 7 de Julio de 2011, a fin de determinar las medidas posibles de ser aplicadas a niños, niñas y adolescentes en condición migratoria, a la luz de variadas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Nuestro interés en presentar nuestras observaciones emana de la labor tanto académica como política y social que desde nuestras instituciones y redes ejercemos en lo referente al monitoreo y seguimiento de los compromisos adoptados por el Estado de Chile en materia de derechos de la niñez y juventud y especialmente en lo referido a niños, niñas y adolescentes en condición migratoria.

En la petición efectuada por los 4 países ya referidos, desde el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, los puntos sometidos a consulta son 9:

- 1) Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional y potenciales situaciones de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes.
- 2) Sistema de garantías de debido proceso.
- 3) No detención de niños y niñas.
- 4) Medidas de protección de derechos que no impliquen restricciones a la libertad.
- 5) Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.
- 6) Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas por razones migratorias.
- 7) El principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes.
- 8) Procedimientos de protección para el reconocimiento de la condición de refugiados.

9) Derecho a la vida familiar en caso de disponerse la expulsión de los padres.

A nuestro juicio, esos 9 puntos pueden agruparse en 3 grandes categorías temáticas:

1.- En primer lugar, todo lo relativo a la No-criminalización y No-detención de la migración y la niñez irregular, con varios temas que derivan como consecuencia lógica de dicho Principio: el debido proceso, tipos de medidas de protección y garantías frente a las posibles restricciones a la libertad personal.

2.- En segundo lugar, todo lo referente a la necesidad de otorgar una “protección especialísima de derechos” a los niños y niñas involucrados en procesos migratorios, dado que se trata de una categoría de niños que se encuentran ante una situación de evidente vulnerabilidad del conjunto de derechos fundamentales (seguridad, vida e integridad física y psíquica, prevención de situaciones de explotación, malos tratos y peores formas de trabajo infantil), y que por ello requiere de una especial labor de protección por parte del Estado y la sociedad.

En estas Observaciones nos hemos referido dentro de este tema a la situación concreta de los problemas enfrentados por niños que al resultar hijos de extranjeros transeúntes arriesgan quedar en condición de “apátridas”.

3.- Por último, varios temas que se engloban dentro de la vida familiar entendida como derecho de los niños y niñas. En este nivel, debería enlazarse dicho derecho básico con los temas ligados a la vigencia respecto de la niñez migrante de todo el conjunto de derechos tanto de primera como de segunda generación.

Dentro de cada uno de esos temas hemos decidido formular algunas observaciones que, emanadas desde nuestra experiencia nacional, permite sugerir vías de reflexión y de interpretación jurídica que sirvan para el propósito de contribuir a mejorar la calidad de las intervenciones y prestaciones que nuestras sociedades y Estados tienen que otorgar en aras de la protección integral de la niñez como categoría social permanente.

Si bien estos temas se relacionan directamente con distintas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir de la doctrina del “corpus iuris”¹ y de las características propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en tanto campo jurídico-político especial, entendemos que necesariamente hay que acudir a los principios y normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño para poder dotar de

¹ “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño constituyen parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir de base a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Par. 194).

contenido preciso a las obligaciones de protección de la niñez que tanto a las familias, como la sociedad y el Estado se señalan en el artículo 19 de la Convención Americana. A ese ámbito de reflexión normativa nos hemos abocado. En este sentido, la afirmación realizada por la Corte IDH en el párrafo 194 de la sentencia del caso Villagrán Morales constituye también un programa a desarrollar en cada campo de aplicación de los derechos fundamentales de la infancia, y en esa forma entendemos la necesidad de esta Opinión Consultiva.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH en relación a la vinculación entre la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño, entendemos que hay dos direcciones centrales en que esta interacción puede ser comprendida.

En primer lugar, tal como se entendió en la sentencia del caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala y en la Opinión Consultiva 17-2002, esta vinculación puede hacerse desde el nivel americano hacia el universal, puesto que al dotar de contenido a las obligaciones que emanan del artículo 19 de la Convención Americana (adoptar las “medidas de protección” que la condición de los niños requiere “por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”), resulta imprescindible acudir a diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus principios generales. Es en definitiva el tipo de conexión que se establece en el párrafo 195 de Villagrán Morales, cuando se señala que “la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los “niños de la calle” que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma”, pero elevada al nivel más general posible: la redefinición a la luz del nuevo contexto jurídico internacional de las tradicionales “medidas de protección” que en nuestros contextos nacionales estaban asociadas a la discrecionalidad represiva propia de los llamados “modelos tutelares”. En este nivel de vinculación, lo que está en primer plano es la condición jurídica especial de los niños, niñas y adolescentes. Dicho de otro modo: su derecho a ser protegidos en tanto miembros del colectivo infanto-adolescente.

En un segundo sentido, esta vinculación va en sentido inverso: ilustrando desde la normativa internacional especialmente consagrada para la infancia-adolescencia, el sentido concreto que adquiere en relación a niños, niñas y adolescentes la protección de derechos reconocidos a todas las personas. En este nivel se trata entonces de lo que a modo de ejemplo previo la Corte IDH realizó en la sentencia del caso Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” vs. Paraguay, de fecha 6 de septiembre de 2004, cuando en el párrafo 148 se anuncia que se “decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos de la Convención Americana, a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado”. En este nivel, se trata de la equiparación de los niños, niñas y adolescentes al estatuto de protección de derechos fundamentales de todas las personas, agregando en cada uno de los derechos y garantías propios de todas las personas,

un plus de protección adicional que emana de la condición especial de los miembros del colectivo infanto-adolescente.

En ambos casos, la conexión viene dada por el artículo 19 de la Convención Americana, operando en cualquiera de los dos sentidos como comunicador entre ambos tratados. Mediante este mecanismo de conexión ya establecido en nuestro sistema, la idea es poder establecer estándares que permitan ir concretando la única respuesta correcta que se nos ocurre frente a la interrogante planteada por Will Kymlicka cuando se pregunta “¿qué deben hacer los Estados cuando lo extranjeros quieren cruzar las fronteras y entrar en el territorio nacional”²: tratándose de niños, niñas y adolescentes, lo que nuestros Estados deben hacer es protegerlos.

I.- FORMAS DE CRIMINALIZACIÓN ABIERTA Y/O ENCUBIERTA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE NO CRIMINALIZACIÓN.

Consideraciones Generales

En la solicitud efectuada a la Corte IDH por el Instituto de Derechos Humanos del MERCOSUR se plantea de manera muy clara que la vigencia del *principio de no criminalización de la migración irregular*, en conjunto con las normas y principios relativos a la Protección Integral de los derechos de la infancia deben inspirar las políticas, legislaciones y decisiones de los poderes públicos en los distintos Estados, y se realiza una consulta desglosada en 9 numerales, que dice relación con la aplicación a estas materias de un conjunto de artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En el marco de la consulta efectuada, queremos referirnos especialmente a un ámbito en el que hemos detectado la existencia de ciertas prácticas que abiertamente vulneran los principios señalados (no criminalización y protección integral de los derechos de los niños. Nos referimos en concreto a facultades discrecionales que leyes de extranjería como la chilena conceden a las autoridades³ en orden a expulsar del país a personas migrantes en razón de haber sido ellas sancionadas en el marco de un proceso penal.

² Kymlicka, Will. *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 61.

³ En Chile la llamada “Ley de Extranjería” actualmente vigente está contenida en el Decreto Ley 1094, de 19/Julio/1975, que concede al Ministerio del Interior un cúmulo de facultades relativas a la revocación de permisos de residencia y a la expedición de órdenes de expulsión.

Si bien en principio la regulación interna parece dar a entender que los delitos por los cuales se sancione a extranjeros deben ser de cierta gravedad para ameritar la medida de expulsión⁴, en la práctica se da lugar a ella incluso por delitos menores en la medida que se entiende que atentan contra el orden público. El artículo 63 de la “Ley de Extranjería” chilena obliga a rechazar las solicitudes presentadas por extranjeros que ingresen al país pese a estar incluidos en alguna de las prohibiciones del artículo 15, y a “los que con motivo de actos realizados o de circunstancias producidas durante su residencia en el país queden comprendidos en los números 1 ó 2 del artículo 15”.

El artículo 64, por su parte, estipula que “pueden” rechazarse las solicitudes de ciertos peticionarios, y en el numeral 1 incluye entre ellos a “los condenados en Chile por crimen o simple delito”, y agrega que “en el caso de procesados cuya solicitud sea rechazada, podrá ordenarse su permanencia en el país hasta que recaiga sentencia firme o ejecutoriada en la causa respectiva, debiendo disponerse a su respecto, y por el tiempo que sea necesario, alguna de las medidas legales de control”. La misma facultad es concedida a la autoridad por el artículo 66, en cuanto a la posibilidad de revocar permisos de extranjeros por actuaciones realizadas con posterioridad a su ingreso al país, que se encuadren dentro del artículo 64.

Tras el rechazo o revocación de los permisos solicitados, el Ministerio del Interior fijará un plazo prudencial no inferior a 72 horas para que las personas hagan “abandono voluntario” del país, el que de no verificarse en el plazo decretado dará lugar a la medida de expulsión.

Como se ve, pese a las apariencias iniciales de que tan sólo en delitos de cierta gravedad es posible aplicar medidas como la prohibición de ingreso o expulsión, en realidad esta

⁴ Las posibilidades de rechazar solicitudes de residencia y de decretar expulsiones se remiten en general a las prohibiciones señaladas en el artículo 15 del DL 1094, que en sus numerales 1 al 3 se refiere al tipo de situaciones y delitos que justifican la prohibición de ingreso al país de ciertos extranjeros:

- “1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;
- 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;
- 3.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos.

normativa amplia de manera bastante genérica los supuestos que posibilitan la expulsión de extranjeros.

De hecho, se registran casos en que ante la aplicación de sanciones penales que ni siquiera son privativas de libertad, o incluso en situaciones en que la persona no es llevada a juicio sino que se sujeta al imputado a medidas de control tales como firma mensual en el contexto de suspensiones condicionales, es siempre posible que una vez vencido el tiempo de duración de tales medidas la persona sea expulsada del país. En un marco de creciente criminalización de lo protesta social, donde al ejercicio de ciertos derechos políticos que buscan expresar la disconformidad con políticas públicas y ejercer presión para impulsar políticas y medidas que tiendan a garantizar la satisfacción de derechos sociales, responder con sanciones penales y adicionalmente en el caso de extranjeros con medidas de expulsión implica una doble penalización que resulta ciertamente discriminatoria⁵. En primer lugar, porque la protesta social en sí misma no debería en principio constituir un delito. En segundo lugar, porque este refuerzo punitivo en relación a los extranjeros los consagra abiertamente como “sujetos peligrosos”, como categorías de riesgo.

Esta práctica, que resulta criticable en términos generales, es decir, respecto a todas las personas con independencia de su edad, es francamente incompatible a nuestro juicio con el marco normativo aplicable a niños, niñas y adolescentes, puesto que constituye una manera indirecta de vulnerar el principio de no expulsión de niños migrantes como sanción, además de ser una clara infracción del principio del interés superior del niño, que rige no sólo en materia de decisiones migratorias, sino que también guiando la adopción de decisiones al interior del sistema de justicia juvenil (tal como se ha encargado de señalar con fuerza el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General N° 10).

Formas abiertas y encubiertas de criminalización de la infancia y adolescencia

Desde hace algunas décadas, diversos estudios aportados desde perspectivas sociológicas y criminológicas críticas han hecho ver que los sistemas penales, entendidos como dispositivos más o menos formalizados para la aplicación de un control social punitivo, no se reducen a aquellos segmentos explícitamente declarados como tales (el llamado “sistema

⁵ A modo de ejemplo, se puede mencionar que durante las jornadas de protesta social callejera ocurridas en el marco del conflicto por la educación en Chile, fueron detenidos 3 jóvenes colombianos acusados de lanzar piedras a la policía. De inmediato se anunció que respecto de los dos que eran mayores de 18 años se decretaría la expulsión, y se hizo la salvedad en relación al menor de 18 años de edad, al que se optó por no expulsar exclusivamente en atención a su condición de refugiado político. Por su parte, en diciembre del año 2009 una ciudadana italiana fue expulsada de Chile mediante decreto de la Intendencia Metropolitana, tras haber sido detenida en una manifestación pacífica convocada en solidaridad con presos políticos anarquistas e invocando dichos sucesos como único motivo, a los que se calificó de “participación en desórdenes y alteración del orden público” (Caso de Eliza Favazzo, Resolución exenta N° 2.310, Intendencia Metropolitana de Santiago, 24 de diciembre de 2009).

penal formal” o sistema penal propiamente tal), sino que se ramifican a otras áreas donde el control opera materialmente de manera punitiva, pero con un discurso legitimador que relativiza, niega o invisibiliza su dimensión materialmente controladora, privativa o restrictiva de derechos fundamentales. Estas áreas del control social punitivo se caracterizan por una cierta informalidad, en términos que tanto los supuestos de entrada como las maneras concretas de intervención no quedan nunca bien explicitadas (a la manera que al menos en teoría debe caracterizar el campo de intervenciones propias del derecho penal), y por lo mismo quedan sustraídas al marco de garantías y limitaciones propias de las intervenciones que abiertamente se asumen como punitivas. En el ámbito de los adultos, desde la criminología latinoamericana de vertiente crítica se ha hablado de “sistema penal paralelo” para referirse en principio al ámbito de actuaciones de organismos del control social que se hacen cargo de personas declaradas inimputables, aplicándoles las llamadas “medidas de seguridad”, cuya naturaleza jurídica es muy discutida pero que resultan indudablemente medidas de control que significan severas restricciones de derechos.

En el ámbito del control social de la infancia y adolescencia, el tradicional modelo del “derecho tutelar de menores” -ya superado al menos en el plano discursivo y del deber ser-, fue identificado por sus críticos como una forma especialmente perversa de “sistema penal paralelo”, e incluso como un “sistema penal disfrazado y reforzado”: *disfrazado* en tanto las intervenciones materialmente punitivas se recubrían de una fundamentación “proteccional”, y *reforzado* porque mediante tal expediente, estas intervenciones quedaban sustraídas a la aplicación de límites y garantías esenciales que operan en el ámbito del ejercicio del poder punitivo formal.

Hoy en día existe un fuerte consenso en cuanto a que luego del reconocimiento explícito de un catálogo de derechos fundamentales de las personas menores de 18 años consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es necesario superar el “modelo tutelar”, y por ello ya no resulta justificable desde definir situaciones difusas de “irregularidad social” en base a las cuales aplicar tratamientos indiferenciados mediante el tipo de “medidas de protección” típicas de dicho modelo (respecto a las cuales esta Corte ya tuvo ocasión de referirse en detalle en a Opinión Consultiva 17/2002). Pese a ello, esta forma tradicional de intervención tutelar se niega a morir del todo, y tiende a resucitar en los márgenes menos visibles del sistema de socialización y control de niños, niñas y adolescentes, tendiendo a redefinir situación de “irregularidad” y formas de intervención punitiva respecto de ciertas “categorías de riesgo”.

La situación de la niñez y adolescencia migrante en nuestro tiempo merece ser analizada desde el prisma de la gestión biopolítica de la vida humana, que según Eduardo Bustelo “alcanza su expresión paradigmática” en los diversos dispositivos de gestión de la vida y muerte de personas al nacimiento, y luego de ello en el nivel operatorio de la “nuda vida”

(vida despojada de atributos políticos y arrojada a la marginalidad más extrema)⁶. En el ámbito del control social, el “niño migrante” se constituye en el objeto de intervención securitaria por excelencia, y en razón de ello es que los entramados del poder punitivo se aseguran una forma de intervención adicional a la propiamente “penal” para poder acudir siempre a la posibilidad de expulsión de estos cuerpos extraños, cosificándolos de manera tal que quede claro que están fuera de la ciudadanía humana reconocida a los sujetos que por el contrario no se perciben como peligrosos.

Criminológicamente, tal como ha destacado desde el contexto europeo el criminólogo italiano Alessandro De Giorgi, nos encontramos con que “el inmigrante no comete delitos: él mismo se convierte en un delito”. La política de expulsiones “es señal de una práctica represiva dirigida a excluir lo que produce peligro o es percibido como peligroso”. En este punto, la calidad de objeto de aquello sobre lo que se interviene es totalmente coincidente con las clásicas definiciones del “menor irregular”. De Giorgi agrega que “la expulsión es una práctica actuarial”, que “se aplica a toda una categoría de personas y sólo a esa. Excluye, en el sentido más dramático del término. No reeduca ni pretende corregir; por definición, no reinserta”, en definitiva “castiga una forma de ser: inmigrante-desempleado, inmigrante-pobre, inmigrante-clandestino. Reduce los costes del sistema”⁷.

Incompatibilidad de las expulsiones como respuesta adicional a la comisión de delitos con los principios y marco normativo relativo a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

En el caso de las personas menores de 18 años que, de acuerdo a la terminología usada por el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “son acusados o declarados culpables de haber infringido las leyes penales”, a estas alturas resulta claro que no pueden ser sometidos al mismo sistema penal que los adultos (por prescripción expresa del artículo 40.3), que el sistema en el cual se les puede juzgar debe respetar garantías básicas y priorizar alternativas a la criminalización y a las medidas de internación (artículo 40.2, 40.3 y 40.4), todo ello enmarcado en el llamado principio de dignidad, consagrado en el artículo 40.1: estos niños tienen derecho a ser tratados de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto de los derechos humanos y libertades de terceros, y que tenga en cuenta su edad y fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad.

⁶ Bustelo, Eduardo. El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, páginas 21 a 55.

⁷ De Giorgi, Alessandro. Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control, Barcelona, Virus editorial, 2005, pp. 94 y 95.

La Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño, al integrar estas prescripciones específicas del campo de la justicia juvenil con los principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala un efecto importantísimo que debe ser tenido en cuenta tanto dentro del sistema penal de adolescentes como relación al uso de formas anexas de criminalización como las que nos ocupan: la aplicación en estos terrenos del principio del interés superior del niño justifica la existencia de “un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”. La principal diferencia, a la luz de dicho principio, consiste en que “los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes” (Párrafo 10).

Por lo anterior, además de convenir en que el principio del interés superior del niño no puede ser utilizado para justificar privaciones o restricciones de derechos fundamentales del propio niño, particularmente internaciones, es importante que en la Opinión Consultiva solicitada a la Comisión IDH se ratifique este otro alcance de la vigencia del dicho principio, declarando como una práctica contraria a los derechos humanos de la niñez la aplicación de sanciones adicionales de expulsión a niños, niñas y adolescentes migrantes que en su calidad de “infractores” deben ser tratados de acuerdo a los principios propios del sistema de justicia juvenil.

Dicha práctica, vulnera además el principio de no discriminación, que en el marco de la justicia penal de adolescentes implica la “igualdad de trato de todos los niños que tengan conflicto con la justicia”, respecto a la cual la Observación General N°10 llama a prestar especial atención a las disparidades y formas de discriminación aplicables a “grupos vulnerables del niños” (Párrafo 6), entre los que cabría incluir a los migrantes.

Conclusiones y recomendaciones

- a) Garantizar que el principio de no criminalización de la niñez migrante se traduzca concretamente en la descriminalización efectiva e irreversible de las diversas formas de operación de mecanismos de control social que impliquen la posibilidad de afectación de derechos y garantías fundamentales de niños, niñas y adolescentes.
- b) Hacer efectiva la aplicación del principio del interés superior del niño y la necesidad de otorgar una protección general de derechos a todos los miembros del colectivo infanto-adolescente y como criterios rectores de todas las decisiones que se adopten por las diversas autoridades tanto dentro como fuera del sistema penal formal.
- c) Garantizar que la protección especialísima de derechos de los grupos más vulnerables dentro de la niñez tienda a efectivizar el conjunto de sus derechos fundamentales y no devenga una nueva forma de criminalización encubierta.

II.- SITUACIÓN DE LOS HIJOS DE EXTRANJEROS TRANSEÚNTES

En Chile rige el principio del *ius solis*, mediante el cual son chilenos los nacidos en territorio chileno. Se exceptúan los hijos de extranjeros transeúntes (Constitución Política de la República de Chile, artículo 10°).

La interpretación que han hecho las autoridades, respecto del concepto de extranjero transeúnte, ha traído problemas en cuanto a la protección de este derecho. En el caso de los niños y niñas migrantes nacidos en Chile, cuyos padres se encuentren en situación migratoria irregular, se ha entendido que son hijos de extranjeros transeúntes. No se ha tomado en cuenta la intención de permanecer en Chile, o el tiempo que han estado en el país. La consecuencia de esto, es que los hijos nacidos en Chile no obtienen la nacionalidad chilena, quedando como apátridas. A menos que puedan adquirir la nacionalidad de sus padres, si es permitido por el país de origen.

Al ser declarados como extranjeros transeúntes, los niños son inscritos en el Registro Civil chileno con una anotación al margen que indica esta calidad, al no ser chilenos, los niños deben solicitar una visa para permanecer en el país. Esta situación ha sido advertida a Chile por el Comité de los Derechos del Niño (Observaciones finales al Informe de Chile, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007), el cual ha recomendado que Chile ratifique la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, y la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia, situación que a la fecha no ha acontecido.

En el caso de los niños y niñas que no han sido inscritos en el Registro Civil chileno y que sus padres no tienen los documentos vigentes de sus países de origen o que no han conseguido inscripción en el registro civil chileno, en ambas situaciones algunos consulados no permiten la inscripción de nacimiento por lo tanto han quedado expuestos a condición de apatridia.

En el caso de los hijos de las personas que solicitan protección internacional pero se les niega el acceso al procedimiento (prácticas de “pre admisibilidad” o “reorientación”) se podría producir la situación de apatridia descrita (quedando como migrantes en situación migratoria irregular), o en el caso que los niños nazcan antes de ser presentada la solicitud de asilo.

En el caso de niños(as) cuyos padres tienen una condición migratoria irregular, al no ser inscritos como chilenos, se impide que sus padres puedan solicitar una visa por “vínculo con chileno” que es una de las alternativas de residencia temporaria que establece la ley.

Frente a esto, los estándares que emanan de la normativa internacional resultan bastante claros. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño (cuyo contenido debe entenderse integrado en la Convención Americana de Derechos Humanos interpretando dinámica y

armónicamente el artículo 19 a la luz de la doctrina del “corpus iuris”), “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Además, “los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida” (artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Lo anterior es a su vez es complementario a lo señalado en el artículo 29 de la Convención para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias: “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”.

Propuestas de solución:

- a. Asegurar que todos los niños y niñas que nacen en el país obtengan la nacionalidad respectiva, independientemente de la situación migratoria de sus padres.
- b. Recomendar que todos los países ratifiquen la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia (recomendación hecha a Chile por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2007).

III.- EL DERECHO DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES A LA VIDA FAMILIAR

Diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional promueven y garantizan el derecho básico de las niñas y los niños a vivir con sus familias. Sin embargo, debido a la complejidad de los procesos migratorios, en ocasiones este derecho se ve seriamente vulnerado tanto por las propias políticas migratorias –ya sea por restricción u omisión–, las condiciones de precariedad laboral y habitacional de las familias migrantes, así como por las decisiones que las personas adultas de los grupos familiares toman sin considerar la opinión infantil. Las familias migrantes experimentan ineludiblemente procesos de fragmentación que afectan los vínculos afectivos de cuidado y las relaciones generacionales de poder, autoridad y legitimidad. Generalmente las niñas y los niños no opinan ni, menos aún, deciden sobre estas cuestiones que deben acatar necesariamente, debido a que transformarán sustancialmente sus propias vidas.

En este sentido, justamente la normativa jurídica internacional intenta garantizar el principio de la protección de la vida familiar, especialmente para las niñas y los niños que

se ven más afectados por la separación. Particularmente el Estado de Chile ha suscrito Convenciones que exigen facilitar las condiciones para que las familias migrantes puedan reunirse. El principio de proteger la vida familiar de las personas migrantes en general y de las niñas y los niños migrantes en particular es una demanda ética emanada desde múltiples normativas jurídicas que convergen en el paradigma del respeto y garantía de los Derechos Humanos por parte del Estado. Este principio particularmente para la niñez migrante está contenido tanto en el marco normativo específico de los Derechos infantiles y, también, en el que se refiere a las personas en situación de migración o refugio –desde el punto de vista de la salida de sus países de origen, su permanencia en países de tránsito y el ingreso a los países de destino. Igualmente, el facilitar la reunificación familiar es una cuestión que incidirá en los procesos de integración y cohesión social que se producen en los lugares de destino, una vez que las familias ya se han instalado temporal o definitivamente.

Contexto de las familias migrantes en Chile

Las cifras que existen, demuestran que gran parte de los extranjeros viven sin sus hijos en el país, por la existencia de diversos obstáculos de acceso, sea legal o económico. De acuerdo a los datos entregados por el Servicio Jesuita a Migrantes (datos extraídos por las personas atendidas desde el 5 de mayo de 2001 al 9 de marzo de 2010), de una población de 4.980 personas atendidas, de los cuales la gran mayoría declara tener hijos (77,6%), un 66,6% de las personas que los tienen, han dejado por lo menos un hijo en el país de origen. De este porcentaje, 51,8% ha dejado a todos sus hijos en el país de origen y 14,8% tiene hijos en Chile y en el país de origen. La cantidad de personas que cuentan con todos sus hijos en Chile, ya sea por reunificación o porque nacieron en Chile, representa un porcentaje importante (33,4%), pero predominan ampliamente las personas que tienen por lo menos un hijo en su país de origen (66,6%). Además, la cantidad de hijos que residen en el país de origen es superior a la cantidad de hijos en Chile (promedio de 2,3 hijos en el país de origen frente a 1,7 hijos en Chile), lo que indica que en la mayoría de los casos, las personas atendidas tienen una mayor cantidad de hijos en el país de origen que en Chile.

Por otra parte, de acuerdo a la información entregada por el Presidente de la Agrupación de Inmigrantes Peruanos en Chile (información entregada en enero de 2011), durante el año 2010 se habrían endurecido los criterios frente a las sanciones dadas a las infracciones o faltas migratorias. Especialmente las expulsiones, y los criterios para el ingreso de extranjeros a Chile. En estas decisiones, no se toma en cuenta el principio de la reunificación familiar. Además, en estos procedimientos, tampoco se considera el principio del interés superior del niño, ni el derecho a ser escuchados y a dar su opinión en las decisiones que los afectan. UNICEF TACRO ha recomendado en un informe de 2010, la necesidad de una consagración expresa de estos principios en la legislación migratoria, aspecto que no ocurre actualmente.

Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

El Estado de Chile firmó la *Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* el 24 de septiembre de 1993,

pero la ratificó el 21 de Marzo de 2005 (Decreto 84 del 8 de junio de 2005). El artículo 44 de esta *Convención* exige a los Estados adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección de la familia del trabajador migratorio, el párrafo 2 se refiere a facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges, hijas e hijos que se encuentren en situación de minoría de edad.

Convención sobre los Derechos del Niño

La *Convención sobre los Derechos del Niño*, firmada por el Estado de Chile el 26 de enero de 1990 y ratificada el 13 de agosto de 1990 (Decreto 830 del 14 de agosto de 1990, Ministerio de Relaciones Exteriores), en su Artículo 9 señala expresamente la obligación del Estado de velar porque las niñas y los niños no sean separados de sus madres ni padres, salvo en aquellas situaciones donde dicha separación resguarde el interés superior infantil. Mientras, el Artículo 10 de la *Convención* se refiere explícitamente a aquellos casos donde la familia está separada por fronteras nacionales, entre los cuales se puede considerar la migración como una de estas situaciones.

Ley de Extranjería

La ley que actualmente regula las migraciones internacionales en el Estado de Chile, o llamada "*Ley de Extranjería*", fue promulgada en el año 1975 (Decreto Ley N° 1094), en plena Dictadura Militar en el país. Debido al contexto socio-histórico en el que fue pensada, esta Ley no consigna de manera expresa el principio de reunificación familiar. Lo anterior ha significado que en la práctica cuando, en general, las personas adultas migrantes y, en particular, las niñas y los niños migrantes ingresan al país no se considera el ejercicio del derecho a la reunificación familiar. Del mismo modo, cuando se solicitan y otorgan visados de residencia o se imponen sanciones migratorias no se consideran estas situaciones desde el punto de vista del derecho a la reunificación familiar.

Ley sobre Protección de Refugiados

El 15 de abril de 2010 el Estado de Chile promulga la *Ley que establece disposiciones sobre la protección de refugiados* (Ley N° 20.430 de 2010). En el artículo 9 de esta Ley se consagra el principio de reunificación familiar para los familiares directos, entre los cuales se menciona a las hijas e hijos en situación de minoría de edad: "*Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halle ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela*".

Propuestas de solución:

- a. Velar por el cumplimiento de los Tratados y Convenciones Internacionales ratificados por los países de la región latinoamericana en cuanto a garantizar

efectivamente el ejercicio del derecho a la vida familiar por parte de las niñas y los niños afectados por la migración internacional de sus madres, padres y/o tutores legales.

- b. Impulsar la creación de Políticas Migratorias regionales basadas en el Enfoque de Derechos y que gestionen integralmente el fenómeno de la migración donde participan niñas y niños por causas de reunificación familiar; especialmente considerando las migraciones familiares entre países vecinos de la región del Cono Sur.

- c. Recomendar a los Estados que en la elaboración de Políticas Migratorias nacionales se considere el Enfoque de Derechos y la migración de las niñas y los niños por razón de reunificación familiar. Esto permitiría facilitar las condiciones para la expedición de visados, el ejercicio del derecho a la educación y la salud, entre otros. Concretamente, se sugiere que se cree el visado por reagrupación familiar para las niñas y los niños que tienen menos de 18 años de edad y participan en procesos migratorios internacionales en la región latinoamericana.

Santiago de Chile, 17 de febrero de 2012

Carlos Muñoz Reyes

Vocero Nacional

Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile

www.infanciachile.cl



Maria Elena Vázquez

Directora del Programa "Niños y Niñas Sin Fronteras"

Corporación Colectivo Sin Fronteras



CORPORACIÓN
"COLECTIVO SIN FRONTERAS"
Calle Barnechea 320, Independencia
Santiago de Chile
Teléfono - Fax (02) 732 5006

Julio Cortés Morales

Académico de la Escuela de Derecho

Universidad Central

Iskra Pavez Soto

Académica de la Escuela de Trabajo Social

Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile