



# Niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados

Autor: Ylania Celis Sepúlveda

Profesor Guía: Osvaldo Urrutia Silva

Valparaíso, 6 de enero de 2017

## ÍNDICE

Introducción.....	4
Capítulo I.....	7
Referencia histórica y análisis conceptual .....	7
I. Niño, niña y adolescente según la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.....	7
1. Historia de los derechos del niño.....	7
2. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el cambio de modelo de protección de la infancia.....	9
II. Migración .....	12
1. Historia.....	13
1. Concepto de migración .....	16
2. Derecho internacional migratorio .....	17
III. Refugiado .....	20
1. Refugio y asilo.....	20
2. Refugio y migración .....	23
3. Concepto de refugiado a la luz de la Convención de los Estatutos de los Refugiados de 1951 y Protocolo Facultativo de 1972 .....	24
a) Relación con instrumentos anteriores.....	25
b) Limitación geográfica y temporal .....	25
c) Tener fundados temores de ser perseguida.....	26
d) Temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.....	27
e) Persona fuera de su país de nacionalidad .....	27
f) No querer o no poder acogerse a la protección del país de nacionalidad.....	28
g) Persona sin nacionalidad o hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no quiera o no pueda regresar a su país de nacionalidad a causa de dichos temores.....	28
Capítulo II.....	29
Niños, niñas y adolescentes.....	29
I. Niños, niñas y adolescentes y migración .....	29
II. Necesidad de resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes	30
1. Especial condición de vulnerabilidad .....	30
2. Los niños y adolescentes y problemas asociados a la migración .....	32
a) Desintegración familiar .....	33
b) Apatridia.....	39

c) Trata de niños migrantes.....	42
Capítulo III .....	47
la protección del niño migrante y refugiado en Chile.....	47
I. Normativa chilena en materia migratoria y refugio.....	47
1. Migración en Chile .....	47
2. Refugiados en Chile.....	49
II. Derechos del niño en materia migratoria y refugio .....	52
a) Desintegración familiar .....	53
b) Apatridia.....	56
c) Trata de niños migrantes.....	59
Conclusiones.....	63
Bibliografía.....	66

## INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios no son una cuestión exclusiva de nuestra época, sino que son tan antiguos como nuestra historia, cambiando la cantidad, el origen, el destino y las motivaciones según la época y las necesidades humanas. Así, es posible identificar distintos tipos de migración, adquiriendo relevancia para la presente investigación las migraciones forzosas e internacionales.

Actualmente se ha producido un aumento de flujos migratorios -que comprenden las migraciones internacionales forzosas-. Esto se corrobora al contrastar los informes anuales del Alto Comisionado de Naciones Unidas Para los Refugiados (en adelante ACNUR), en los que se exponen las estadísticas relativa al desplazamiento forzado a nivel mundial. Según el informe del año 2015, veinticuatro personas por minuto se vieron obligadas a huir de sus hogares con el objeto de buscar protección. Ello nos lleva a la suma aproximada de 65.000.000 de personas desplazadas forzosamente durante aquel año, de las cuales 21.000.000 adquirieron la condición de refugiados<sup>1</sup>. Si se compara con los resultados que arrojó el informe del año 2014, se aprecia un aumento de casi 6.000.000 de hombres y mujeres desplazados, dentro del mismo país o hacia fuera de éste<sup>2</sup>.

Las condiciones globales actuales han propiciado el crecimiento de las migraciones forzosas, así, el aumento de guerras e inestabilidad política en el mundo, llevó a acuñar el término de “crisis migratoria”. Según la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM), se entiende por tales “*flujos migratorios complejos y, generalmente, a gran escala, así como los patrones de movilidad ocasionados por una crisis que suelen traer consigo considerables vulneraciones para las personas y comunidades afectadas y plantear serios retos de gestión de la migración a más largo plazo*”<sup>3</sup>.

Dentro de las migraciones internacionales forzadas encontramos la institución del refugio, que adquiere especial importancia para efectos del presente escrito. Sin embargo, a este respecto se hace menester advertir que no se deben confundir las concepciones de “migrante” y “refugiado”, pese a la relación que puede existir entre ambas. Los refugiados son personas cuya situación es tan peligrosa que vuelve intolerable la vida en su país, viéndose forzados a cruzar las fronteras internacionales en búsqueda de seguridad<sup>4</sup>. El reconocimiento de la condición de refugiado trae aparejada la aplicación de un estatuto jurídico especial –que será analizado en el Capítulo I del presente escrito–, otorgado por el ordenamiento jurídico internacional y recogido por los ordenamientos nacionales dada la vulnerabilidad en la que se encuentran. La concepción de migrante, en cambio, comprende también los casos en que el traslado de la persona no se corresponde con situaciones de

---

<sup>1</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Estadísticas*, disponible en <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/> [Recuperado el 19 de noviembre de 2016]

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Marco Operacional de la OIM en situaciones de Crisis Migratorias*, disponible en <https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/MC2355-SP-Marco-Operacional-de-la-OIM-en-Situaciones-de-Crisis-Migratoria.pdf> [Recuperado el 17 de noviembre de 2016] p. 2

<sup>4</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *¿Refugiado o ‘Migrante’? ACNUR insta a usar el término correcto*, disponible en <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/> [Recuperado 18 de noviembre de 2016].

peligro relacionados con persecuciones o riesgo de muerte, es decir, que no se sujetan estrictamente a las causales que hacen procedente la concesión de la condición de refugiado, sino que más bien tiene por objeto el mejoramiento de las condiciones de vida, la reunificación familiar, entre otros<sup>5</sup>.

Ahora bien, nuestro país no se ha visto exento de estos flujos humanos, sino que la inmigración ha crecido en los últimos treinta años. Así, entre 1982 y el año 2014, el número de inmigrantes ha aumentado de 83.000 a 411.000 aproximadamente, representando esta última cifra un 2,3% del total de la población al año señalado<sup>6</sup>. Esta migración se caracteriza por ser en su mayoría laboral, lo que justificaría que la cantidad de niños, niñas y adolescentes –NNA–, migrantes representen un bajo porcentaje dentro de estas sumas, de modo que entre los años 2005 a 2014 la cantidad de migrantes de 0 a 19 años de edad ha disminuido, pasando de un 26,2% a un 21,6%. Esta cifra sería mucho mayor si pudiese documentarse la población migrante que se encuentra en situación irregular.

Esto adquiere especial relevancia, desde que existe un estatuto jurídico previsto para el grupo etario comprendido entre los 0 a 18 años, que vino a concebir a los NNA como sujetos de derecho. Así, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño<sup>7</sup> (CDN) implicó –o debió implicar– un cambio en la relación Estado–NNA. Es importante destacar esto, puesto que, esta investigación tendrá como objeto de estudio a los NNA sometidos a migraciones internacionales forzosas –destacando la institución del refugio–, dada la especial condición de vulnerabilidad que los aqueja. Ello, por cuanto, se estima que la observancia del estatuto protector de los NNA y la consideración de dicha vulnerabilidad que envuelve a los niños y adolescentes migrantes, se presenta como esencial e imprescindible al momento de normar las migraciones a nivel internacional y nacional, alzándose como límite a las políticas migratorias.

De este modo, se realizará un análisis de la normativa internacional aplicable a los NNA, para efectos de apreciar su influencia en el derecho, tanto en materia migratoria, como en otras áreas que deben hacerse responsable de los problemas que traen aparejados los movimientos migratorios –que se verían aumentados en el caso de los NNA–. Así, se pretenderán responder cuestiones tales como ¿Existe una real influencia de los derechos del niño en el derecho migratorio? ¿Es posible hablar con certeza de la existencia de un estatuto particular aplicable a los niños en lo relativo a las migraciones? ¿Y en lo relativo al refugio? Y, si no existe dicho estatuto ¿Es necesario o la regulación actual se presenta como suficiente y satisface plenamente las necesidades del niño?

---

<sup>5</sup>Ibíd.

<sup>6</sup> SECCIÓN DE ESTUDIOS DEL DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, *Migración en Chile 2005-2014*, disponible en <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/06/Anuario.pdf> [Recuperado 18 de noviembre de 2016] p. 21

<sup>7</sup> La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, siendo promulgada por el Decreto N°830, de 14 de agosto de 1990, y publicada el 27 de noviembre del mismo año en el Diario Oficial. BARCÍA LEHMAN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Thomson Reuters, 2011), p. 371.

Para efectos de lograr dicho objeto y una mayor comprensión de la problemática a tratar, es que el presente trabajo de investigación constará de tres capítulos, los cuales se organizarán de la siguiente manera:

El primer capítulo, titulado “Referencia histórica y análisis conceptual”, se centrará en establecer las bases fundamentales del tema en cuestión, incluyendo tanto una contextualización histórica, como una conceptualización de los términos más importantes para el presente análisis. De este modo, se comenzará señalando la historia de los derechos del niño y dando un concepto de éste, por cuanto es nuestro tema central, para luego hacer lo mismo con los conceptos de migración y refugio. Lo anterior tiene por objeto, avanzar hacia un punto de encuentro entre las normativas que regulan a los NNA, a los migrantes y a los refugiados, en donde se pueda apreciar la influencia –antes mencionada– que ha tenido la regulación internacional de los derechos del niño sobre los derechos migratorios y el estatuto aplicable a los refugiados.

El segundo capítulo, se centrará en los derechos del niño y cómo se han incluido ciertos principios protectores derivados de este régimen al derecho de los migrantes y refugiados. Para ello, teniendo en consideración que los problemas que aquejan a los niños son múltiples y variados, nos centraremos particularmente en tres: desintegración familiar, apatridia y trata de niños.

El tercer capítulo, finalmente, apreciará la aplicación del ordenamiento jurídico internacional en nuestro propio ordenamiento nacional, es decir, la forma en que tanto las Convenciones, como las decisiones y recomendaciones realizadas por organismos internacionales y nacionales competentes en la materia, están siendo efectivamente aplicadas en nuestra legislación.

# CAPÍTULO I

## REFERENCIA HISTÓRICA Y ANÁLISIS CONCEPTUAL

### I. Niño, niña y adolescente según la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño

#### 1. Historia de los derechos del niño

El reconocimiento y posterior desarrollo de los derechos del niño o de la infancia y adolescencia se encontraría directamente relacionado a Eglantyn Jebb<sup>8</sup> quien, tras el estallido de la Primera Guerra Mundial, crea en 1919 la *Save the Children Fund*<sup>9</sup> con sede en Ginebra. Jebb es considerada la primera en hablar conscientemente de derechos del niño, siendo la redactora de la primera Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, en el año 1923 (DGDN)<sup>10</sup> - la cual es un antecedente histórico directo de la CDN- cuyo objeto era ser un documento breve y sencillo que acogiera las necesidades fundamentales de la infancia<sup>12</sup>, para establecer un programa de acción de la organización que había creado. Save the Children Fund se encargó de persuadir a la Sociedad de las Naciones, para que adoptase la DGDN, lo que ocurrió el 26 de septiembre de 1924<sup>13</sup>.

La DGDN reconoce que la humanidad debe dar a los NNA lo mejor de sí misma, descartando cualquier tipo de discriminación, consagrando a este respecto:

- El niño debe desarrollarse de un modo normal, material y espiritualmente.
- El niño hambriento debe ser alimentado, el enfermo cuidado, el retrasado estimulado, el desviado atraído y el huérfano y abandonado recogido y atendido.
- El niño debe ser el primero en recibir auxilio en momentos de desastre.
- El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y ser protegido de cualquier explotación.

---

<sup>8</sup> Eglantyne Jebb fue una mujer inglesa, profesora, considerada pionera de los derechos del niño. Nació el 25 de agosto de 1876 en el condado de Shropshire. SAVE THE CHILDREN FUND, *Especial: 95 Aniversario de Save The Children, Eglantyne Jebb, De persona comprometida con los niños a fundadora de Save de Children*, disponible en <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/cuaderno-eglantyne-jebb.pdf> [Recuperado 03 de diciembre de 2016], p. 3.

<sup>9</sup> *Save the Children Fund* es una organización no gubernamental para la defensa y promoción de los derechos de la infancia en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. SAVE THE CHILDREN FUND, *¿Quiénes somos?*, disponible en <https://www.savethechildren.es/quienes-somos> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

<sup>10</sup> SAVE THE CHILDREN FUND, *Nuestra Historia*, disponible en <https://www.savethechildren.org.co/qui%C3%A9nes-somos/nuestra-historia> [Recuperado 03 de diciembre de 2016]

<sup>11</sup> COTS MONER, Jordi, *El defensor dels Drets de l'Infant*, en *Revista Educació Social*, 38 (2008), p. 29

<sup>12</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Hay una única infancia? La construcción de la ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*, disponible en [http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso\\_barcelona/docs/introisaac.pdf](http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso_barcelona/docs/introisaac.pdf), [Recuperado el 03 de enero de 2017], p. 8.

<sup>13</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Celebrating 20 years of the Convention on the Rights of the Child*, disponible en [https://www.unicef.org/rightsite/sowc/pdfs/SOWC\\_Spec%20Ed\\_CRC\\_Main%20Report\\_EN\\_090409.pdf](https://www.unicef.org/rightsite/sowc/pdfs/SOWC_Spec%20Ed_CRC_Main%20Report_EN_090409.pdf) [Recuperado el 03 de enero de 2017], p.4

- El niño debe ser educado en el sentimiento de que deberá poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos<sup>14</sup>.

En 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>15</sup>, cuyo artículo 25 reconoce al niño como poseedor de “derecho a cuidado y asistencia especial”<sup>16</sup>.

Años más tarde, en 1959, es aprobada la Declaración de Derechos del Niño (DDN) por la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>17</sup>, la cual vino a consagrar lo siguiente:

- Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, sexo o nacionalidad;
- Derecho a la protección especial para el desarrollo físico, psíquico y social del niño;
- Derecho a un nombre y nacionalidad desde su nacimiento;
- Derecho a alimentación, vivienda y atención médica adecuada;
- Derecho a educación y tratamiento especial para quienes sufrieran una discapacidad mental o física;
- Derecho a crecer bajo la responsabilidad y amparo de sus padres y, en todo caso, en un ambiente afectuoso y seguro moralmente;
- Derecho a educación gratuita y obligatoria, al menos en las etapas elementales y actividades recreativas con fines educativos;
- Derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia;
- Derecho a protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación, y;
- Derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Será en 1979 que la Organización de Naciones Unidas (ONU), tras declarar aquél como el año internacional del niño, acuerda que se establezca un grupo de trabajo compuesto por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, expertos independientes, delegaciones observadoras de Estados no miembros de la ONU, organizaciones no gubernamental y organismos de Naciones Unidas, para efectos de crear un instrumento internacional que fuere jurídicamente vinculante para los Estados que adscribiesen a aquel<sup>18</sup>. Sin embargo, no será sino recién diez años más tarde, es decir, en 1989, que la Asamblea

---

<sup>14</sup>SAVE THE CHILDREN FUND, *Especial*, cit. (n.8), p. 4.

<sup>15</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un instrumento internacional no vinculante considerado la primera declaración a nivel mundial sobre la igualdad y dignidad inherente a la persona humana, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París

<sup>16</sup> Artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

<sup>17</sup> La Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1959, de manera unánime por 78 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, mediante la resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de Naciones Unidas. HUMANIUM, *Declaración sobre los Derechos del Niños, 1959*, disponible en <http://www.humanium.org/es/declaracion-1959/> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

<sup>18</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN’S EMERGENCY FUND, *El mundo reconoce por fin la importancia de la infancia*, disponible en <https://www.unicef.org/spanish/sowc05/timeline.html> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

General de Naciones Unidas aprobará por unanimidad la CDN, la cual es de suma relevancia para efectos de nuestro estudio y será tratada más adelante.

En 1990, se celebra la Cumbre Mundial a favor de los Derecho de la Infancia en Nueva York, en donde 71 dirigentes mundiales firman la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, además de un Plan de Acción para aplicar esta Declaración, que vino a establecer metas que habrían de ser cumplidas para el año 2000<sup>19</sup>.

Nueve años más tarde, en 1999, se aprueba el Convenio sobre la Protección de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción inmediata para su Eliminación. Al año siguiente, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba dos Protocolos Facultativos de la CDN, uno relativo a la participación de los niños en conflictos armados<sup>20</sup> y otro relativo a la venta, prostitución y utilización de niños en la pornografía<sup>21-22</sup>. Los cuales vinieron a complementar las normas ya existentes.

## 2. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el cambio de modelo de protección de la infancia

La CDN fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 mediante su resolución 44/25 de fecha 20 de noviembre de 1989 en la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia en Nueva York, entrando en vigencia el 2 de septiembre de 1990, de conformidad a su artículo 49<sup>23</sup>, contando actualmente con 196 Estados Parte.

Como se dejó entrever en el acápite anterior, la adopción de esta Convención fue producto de casi una década de debate sobre su alcance y contenido, que dio como resultado 53 artículos que vienen a reconocer a los niños como individuos con plenos derecho al

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los Niños en Conflictos Armados tiene como objetivo proteger a los niños contra su reclutamiento y uso en hostilidades. Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000 mediante su resolución A/RES/54/263 y entró en vigencia el 12 de febrero de 2002. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados*, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCR.C.aspx> [Recuperado 03 de diciembre de 2016]

<sup>21</sup> El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de niños en la Pornografía fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 y entró en vigencia el 18 de enero de 2000. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCR.C.aspx>, [Recuperado el 03 de diciembre de 2016].

<sup>22</sup> UNICEF, *El mundo*, cit. (n.18).

<sup>23</sup> El artículo 49 de la Convención de Derechos del Niño señala:

“1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.  
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión”.

desarrollo físico, mental y social y a expresar libremente sus opiniones<sup>24</sup>. En palabras de Beloff, la CDN vino a representar un marco mínimo de reconocimiento y respeto de los derechos de los niños, al que deben adscribirse las prácticas y políticas de los países que la ratifiquen<sup>25</sup>.

Es el artículo 1º de la CDN, el que determina su ámbito de aplicación, estableciendo como sujeto de los derechos que viene a consagrar al niño, el cual, según el artículo en comento, ha de ser entendido como “*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*”.

Respecto de este concepto, nos parece relevante destacar que el único límite que establece para tener la condición de niño y, por ende, ser protegido por la Convención, es de carácter temporal, no visualizándose otra clase de discriminación. Lo anterior, se condice con lo dispuesto en el artículo 2 de la CDN, que viene a consagrar el principio de no discriminación<sup>26</sup>.

La CDN ha tenido gran aceptación a nivel internacional, contando actualmente con 196 Estados Partes. Según Beloff, varias serían las razones que justificarían tan buena acogida de este instrumento, entre ellas considera como más importante que en todo el mundo los niños son considerados como las personas más vulnerables en lo que respecta a la violación de derechos humanos, lo que haría necesaria la consagración de una protección especial. Además, señala como otros posibles fundamentos: la débil exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el reconocimiento limitado de los derechos en razón de la edad y el débil mecanismo de control al Estado<sup>27</sup>.

Resulta relevante destacar el cambio de paradigma que implicó la adopción de la CDN en los ordenamientos jurídicos nacionales, siendo el primer instrumento internacional específico que insta a los niños como titulares de derechos<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> [Recuperado 15 de noviembre de 2016]

<sup>25</sup> BELOFF Mary, *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y Otro para Desarmar*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 1 (1999) p. 9.

<sup>26</sup> El artículo 2º de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño señala que:

“1. *Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquiera otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*”

<sup>27</sup> BELOFF Mary, *Protección Integral de los Derechos del Niño VS Derechos en Situación Irregular*, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/7.pdf> [Recuperado 01 de diciembre de 2016], p. 3.

<sup>28</sup> ROGER Camille, *El Enfoque de la Protección Integral de los Derechos de la Primera Infancia en América Latina*, disponible en [http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_integralidad\\_20132708.pdf](http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_integralidad_20132708.pdf) [Recuperado 01 de diciembre de 2016]

Antes de la adopción de esta CDN, las legislaciones internas, de gran parte de los países Latinoamericanos, consagraban lo que hoy se conoce doctrinariamente, como “modelo tutelar” o “situación irregular”, en el cual se consideraba a los NNA como objeto de protección y no sujeto de derecho<sup>29</sup>. La doctrina de la situación irregular fue bastante criticada por varios juristas y movimientos sociales, por visualizar al niño como objeto pasivo de la intervención del Estado, sin reconocérsele derecho a opinar sobre sus necesidades y sentimientos.

Siguiendo a Mary Beloff, los ordenamientos jurídicos que adoptaron la doctrina de la situación irregular se caracterizaron por:

- Los NNA son concebidos como objeto de protección, es decir, como incapaces que requieren una protección especial;
- Las leyes utilizaban categorías vagas como “menores en situación de riesgo” para habilitar el ingreso de los niños a un sistema de justicia especializado;
- El niño y su familia son objeto de protección estatal dada su “situación irregular” como consecuencia de sus condiciones familiares y sociales;
- La opinión del niño es irrelevante;
- Los jueces adoptaron funciones propias de las políticas sociales, aumentando el porcentaje de trabajo de naturaleza tutelar o asistencial por parte de los juzgados, y
- Las leyes daban un igual trato a los NNA infractores de la ley penal y a los que se encontraban en situación de amenaza o perturbación de sus derechos fundamentales. Tratamiento que se prolongaba de forma indefinida, teniendo como límite la mayoría de edad, por cuanto esta se presentaba como causal de cese de la disposición judicial sobre el menor<sup>30</sup>.

En definitiva, el modelo tutelar se caracterizó por traer consigo una serie de vulneraciones a derechos y garantías consagradas en tratados internacionales, principalmente de aquellos derechos humanos catalogados internacionalmente como “derechos de primera generación”<sup>31</sup>. Así, la doctrina de la situación irregular se asociaba a la convicción de que los niños y adolescentes necesitados de protección eran potenciales delincuentes, es decir, “si no se ‘ayudaba’ o ‘protegía’ a tiempo, ellos se convertirían en criminales”<sup>32</sup>.

Como ya se mencionó, la CDN vino a cambiar el modelo rector, produciéndose reformas a nivel Latinoamericano en orden a adoptar el sistema de protección integral. Beloff concibe la “protección integral” como una noción abierta en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares, lo que justificaría que no exista una definición específica de su contenido. Así, los ordenamientos jurídicos que recogen este nuevo modelo se caracterizarían por:

---

<sup>29</sup> BELOFF, *Protección*, cit (n.27), p.3

<sup>30</sup> BELOFF, *Protección*, cit. (n.27) p. 13 -15.

<sup>31</sup> Entiéndase por primera generación de derechos la correspondiente a los denominados “derechos civiles y políticos” contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que consisten esencialmente en “el resguardo de ámbitos de autonomía de los individuos (libertades) y derechos de participación política”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*<sup>1</sup> (Santiago, 2008, Legal Publishing Chile), p. 59.

<sup>32</sup> BELOFF Mary, *La Protección de los Niños y las Políticas de la Diferencia*, en *Revista Lecciones y Ensayos*, 89 (2011), p. 409.

- Definir los derechos del niño y deberes de la familia, la comunidad y el Estado en orden a posibilitar el ejercicio concreto de estos<sup>33</sup>.
- Abandonar la noción negativa de menores, pasando a ser concebidos como sujetos plenos de derecho. Se le reconocen todos los derechos que tiene cada persona por ser tal y, además, derechos específicos en atención a su calidad.
- Ya no se trata de proteger a las personas del menor potencialmente criminal, sino que de garantizar los derechos de todos los NNA.
- Otorgar protección a los NNA y no a un sector particularizado dentro del universo que comprende la infancia.
- En lo que respecta a la comisión de delitos, la privación de libertad se considera medida de última *ratio* y, en todo caso, breve y por tiempo determinado, solo como consecuencia de la comisión de delitos graves.

En definitiva, se otorga al NNA un rol protagónico en lo que respecta a las decisiones que pueda afectar su vida, abandonándose la noción discriminatoria donde solo algunos niños y adolescentes debían ser protegidos dada su vulnerabilidad por pertenecer a un entorno social riesgoso o precario.

## II. Migración

Tal como lo señala la OIM, es posible afirmar que la historia ha sido testigo de la presencia constante de movimientos poblacionales, cuyas causas varían según el lugar y la época en donde se llevan a cabo, de este modo, dichas motivaciones pueden ser tan básicas como la necesidad del ser humano de sobrevivir<sup>34</sup>.

Es así como los historiadores, en su mayoría, se encuentran contestes en que un punto crucial de la historia migratoria se dio en los años 500 d.c. con los viajes emprendidos por exploradores europeos en busca de “nuevos mundos”, los que se vieron motivados principalmente por cuestiones estratégicas y económicas<sup>35</sup>.

Es este movimiento constante de las personas el que ayudó a moldear el mundo que conocemos actualmente, expandiéndose y mezclándose distintas culturas, estilos de vidas e idiomas<sup>36</sup>.

Ahora bien, los NNA no son ajenos a esta realidad, es decir, no han quedado exentos de estos movimientos migratorios, sino que se han visto involucrados o afectados por estos de diversas formas. De este modo –como se verá en el Capítulo II–, las migraciones traen variadas consecuencias a los niños y adolescentes, sea que migren con su familia, que migren sin su familia o que su familia migre sin ellos. Es más, dentro de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares<sup>37</sup>

<sup>33</sup> BELOFF, *Protección*, cit (n.27) p. 17 -20

<sup>34</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Migración e Historia*, disponible en [http://www.crmsv.org/documentos/iom\\_emm\\_es/v1/v1s03\\_cm.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v1/v1s03_cm.pdf) [Recuperado 10 de diciembre de 2016], pp. 9 y 10.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

de 1990 (CIPDTMYF) -lo más cercano a un estatuto de migración que estudiaremos en esta investigación- se comprenden una serie de derechos que afectan a los NNA, como será visto más adelante.

## 1. Historia

Cabe tener presente que, hasta antes de la Primera Guerra Mundial, la regulación internacional de las migraciones transfronterizas era más bien de carácter bilateral, volviéndose necesaria una regulación de enfoque multilateral dados los desplazamientos producto de la Gran Guerra. Así, en 1920 y 1930 la Liga de las Naciones fue foro de discusión sobre la situación y posibles soluciones frente al problema de los desplazados al final de la guerra<sup>38</sup>.

En 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Constitución de la Organización Internacional sobre Refugiados (OIR), la cual vendría a ser remplazada en 1951 por el ACNUR con responsabilidad específica en los refugiados. La OIR fue exitosa en reubicar a miles de personas, trabajando en directa cooperación con varios gobiernos<sup>39</sup>.

Más próximos a nuestros tiempos, encontramos como hito migratorio importante, la Segunda Guerra Mundial, donde Estados Unidos, Canadá, Australia y Argentina, vieron una oportunidad en los problemas europeos para incrementar su población y capacidad de trabajo, desarrollando programas de inmigración a gran escala para permitir la migración desde Europa, pero restringiendo la migración desde otras partes del mundo. Fue recién en 1960, que comenzaron a aceptarse inmigrantes no europeos, cambiando en 1970 los criterios de los programas en comento, para discriminar atendiendo a las cualidades, habilidades y experiencia laboral de la persona en cuestión, más que al origen de quien solicitaba ingresar a cada país<sup>40</sup>.

Años más tardes, los flujos migratorios se verían fuertemente afectados. Con la crisis petrolera de 1974 y la recesión económica global disminuyó la recepción de inmigrantes, dado que el crecimiento económico de varios países se había visto mermado, optándose por adoptar políticas laborales que privilegiaran a sus nacionales frente al aumento de las tasas de desempleo y volviendo más estrictos los procedimientos de selección de inmigrantes para colaborar con aquello<sup>41</sup>.

Sin embargo, y pese a lo anterior, con el tiempo fueron más los países que se constituyeron como receptores de inmigrantes, sin perjuicio de que cada país acepte distintos tipos de migración –con propósitos de investigación, laboral, forzosa, entre otras<sup>42</sup>–.

En 1990, se adopta en Ginebra la CIPDTMYF, siendo un instrumento diseñado para mejorar las condiciones de vida de las personas que buscan empleo fuera de sus países. Este Convenio implicó la participación de la OIT, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la OIM y 10 organizaciones no gubernamentales relacionadas con la

---

<sup>38</sup> *Ibíd*, p. 18.

<sup>39</sup> *Ibíd*.

<sup>40</sup> *Ibíd*, pp. 14 y 15.

<sup>41</sup> *Ibíd*, p. 19.

<sup>42</sup> *Ibíd*.

protección de los derechos de los trabajadores migratorios<sup>43</sup>. Sin embargo, esta Convención -como se señaló- no tenía por objeto la regulación a cabalidad del fenómeno migratorio, sino que se enfoca en una parte de este: la migración con motivos laborales.

Fue recién en 1994, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo (CIPD), que por primera vez la comunidad internacional aspiró a desarrollar un modelo integral que regulase la migración, para efectos de atender los problemas de trata de migrantes, promover el desarrollo de la migración, regular los derechos de los migrantes, entre otros objetivos. Así, en el Boletín de la CIPD se aprecia que una cuestión que fue objeto de prolongadas negociaciones fue la reunificación de las familias separadas como resultado de la migración internacional -lo cual es de suma relevancia de cara a los derechos del niño- y si es que esto debía o no ser reconocido como un derecho, estableciéndose en el texto final que “*todos los gobiernos, en particular los de los países de destino, deben reconocer la importancia vital de la reunificación familiar y promover su integración en su legislación nacional(...)*”<sup>44</sup>.

El informe final de la CIPD, incluye una recomendación en orden a realizar una nueva conferencia sobre migración internacional, pero los Estados miembros de la ONU no fueron capaces de lograr un consenso sobre este respecto ni tampoco sobre la agenda que debía abordarse<sup>45</sup>.

En el año 2001 se inició el Simposio Internacional sobre Migración por la OIM para fortalecer el entendimiento de temas migratorios y la cooperación internacional. Durante este simposio fue lanzada la Iniciativa de Berna por el Gobierno de Suiza, siendo un proceso consultivo de autoridades nacionales de migración de cada Estado, que se planteó como respuesta ante la necesidad de propiciar el diálogo interestatal sobre gestión migratoria a nivel mundial. Entre los participantes activos de este proceso cabe mencionar, además de los Estados, la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), el ACNUR, las Consultas Intergubernamentales sobre Asilo, Refugiados y Políticas Migratorias entre Europa, América del Norte y Australia (IGC), el *International Center for Migration Policy Development* (ICMPD) y la OIM<sup>46</sup>.

La Iniciativa de Berna pretendía hacer propias las perspectivas y principios comunes de los Estados que se habían constituido, de una u otra forma, en países de origen, de tránsito y receptores de migrantes. Lo anterior, se traduciría en la “Agenda Internacional para la Gestión Migratoria”, la cual comprendería cuestiones relativas a los derechos humanos de los migrantes, a la migración irregular, a la migración laboral, la trata de personas, tráfico de

---

<sup>43</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Entra en vigor el Convenio de la ONU sobre derechos de los trabajadores migratorios*, disponible en [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_075353/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_075353/lang-es/index.htm) [Recuperado el 15 de diciembre 2016].

<sup>44</sup> UNITED NATIONS POPULATION INFORMATION NETWORK, *Boletín de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo (Egipto), 5 a 13 de septiembre de 1994*, disponible en [http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94\\_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html](http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html) [Recuperado el 15 de diciembre de 2016].

<sup>45</sup> OIM, *Migración*, cit. (n.27), p.20.

<sup>46</sup> Conferencia de Berna II, *La Iniciativa Berna, Encauzar la Migración internacional mediante la cooperación internacional: Agenda Internacional para la Gestión de la Migración, 2004*, disponible en <http://www.estudiosdemigracion.org/inedim2013/documentosypub/forosydebates/iniciativa/32.pdf>, [Recuperado el 15 de diciembre de 2016], p.2

migrantes, comercio, retorno, entre otros tópicos. Así, el objetivo de esta Agenda, era servir a los encargados de políticas gubernamentales y a quienes se ocuparen de asuntos migratorios, para poder fomentar el desarrollo de políticas migratorias nacionales y la cooperación interestatal efectiva en este ámbito, respetando siempre el principio de soberanía, no siendo en ningún caso un instrumento vinculante para los Estados. Así, esta Agenda comprendió principalmente dos componentes: por un lado, principios comunes y conceptos fundamentales, subyacentes a la gestión de la migración y, por otro, una serie de prácticas afines basadas en la experiencia de cada gobierno<sup>47</sup>.

Más tarde, en el año 2004, se organizaron cuatro reuniones consultivas regionales en Addis Abeba (África), Budapest (Europa), en Guilin (Asia y Pacífico) y en Santiago de Chile (América), las cuales se destinaron a perfeccionar la Agenda Internacional para la Gestión de la Migración<sup>48</sup>.

La finalidad y el valor de la Agenda fue objeto de debate en cada reunión regional y durante la Conferencia de Berna II, destacando los distintos Estados, que ésta constituiría un instrumento cuyo objeto sería planificar el desarrollo de estructuras y responsabilidades administrativas, alzándose como herramienta de evaluación a la hora de elaborar, revisar e implementar políticas migratorias nacionales. Así, se determinó su amplia difusión entre los gobiernos, poniéndose a disposición de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales (CMMI) y de la Asamblea General de Naciones Unidas para un debate previsto para el año 2006 y la asistencia constante de organizaciones internacionales a los gobiernos que desearan llevar a cabo la Agenda mediante la realización de ciertas actividades<sup>49</sup>.

La CMMI se estableció oficialmente el 9 de diciembre de 2003, en Ginebra, por el Secretario General de la ONU, culminando su labor el 31 de diciembre de 2005, siendo su objetivo, en general, crear conciencia sobre la migración, enfocándose principalmente en las características positivas que esta tiene para la sociedad<sup>50-51</sup>. La CMMI tuvo un triple mandato: en primer lugar, poner a la migración internacional en la agenda global; en segundo lugar, analizar los enfoques de política en sus interrelaciones con otras cuestiones globales y; en tercer lugar, presentar recomendaciones al Secretario General de ONU que apuntasen a fortalecer la gobernabilidad frente a migraciones internacionales<sup>52</sup>.

El Informe sobre las Migraciones Internacionales de la CMMI destaca que esta Comisión no pretende ofrecer una solución única a las problemáticas de las migraciones

---

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 4.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 7.

<sup>50</sup> OIM, *Migración*, cit. (n. 34), p. 21.

<sup>51</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La Comisión sobre las Migraciones Internacionales*, disponible en <https://www.iom.int/es/la-comision-mundial-sobre-las-migraciones-internacionales> [Recuperado el 16 de diciembre de 2016].

<sup>52</sup> ALBA, Francisca, *El Informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales*, disponible en [http://conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion\\_internacional/migint\\_desarrollo/01.pdf](http://conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion_internacional/migint_desarrollo/01.pdf) [Recuperado 16 de diciembre de 2016], p. 25.

internacionales, sino que se propone alentar un proceso de diálogo continuo que ha de ajustarse a las dinámicas, constantemente cambiantes, de la movilidad humana<sup>53</sup>.

## 1. Concepto de migración

No existe un concepto único de migración, sino que es posible encontrar variadas definiciones, las cuales resaltan elementos distintos de este fenómeno según el contexto en que se emplea. Según la OIM se entiende por migración “*movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos*”<sup>54</sup>.

Teniendo a la base este concepto, nos es posible clasificar las migraciones desde distintas perspectivas o aplicando distintos criterios de distinción. De este modo, para los efectos del presente análisis nos resultan relevantes o de interés, en particular cuatro clasificaciones:

En primer lugar, como se señaló en su momento, dentro de las migraciones es posible distinguir, aplicando un criterio espacial o geográfico, entre migraciones nacionales o internas e internacionales o externas<sup>55</sup>, aludiéndose con éstas últimas al “*movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera. Si no es el caso, serían migrantes internos*”<sup>56</sup>.

En segundo lugar, se distingue -independiente de si éstas son internas o externas- pudiendo distinguirse entre migraciones forzadas y voluntarias. Esta clasificación tiene como criterio de distinción la causa de la migración, lo cual resulta complejo, si se tiene presente que lo que para una persona puede constituir una razón que lo fuerce a desplazarse, para otra no. En todo caso y pese a la mencionada dificultad, el concepto de migración forzosa suele ser utilizado para aludir a los movimientos migratorios relacionados con factores expulsivos de carácter político, religioso, económico, demográfico y ecológico<sup>57</sup>. De este modo, la OIM define la migración forzosa como un “*término genérico que se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas*”<sup>58</sup>. Teniendo presente lo anterior, cabría dentro de la definición en cuestión, el concepto de refugiado que se verá más adelante, sin embargo, como se precisó previamente no se deben confundir ambos términos, principalmente porque, para la concesión de la condición de refugiado, es menester que el motivo de migración se encuadre dentro de las causales que prevén los instrumentos internacionales que consagran el estatuto protector relativo a esta institución.

---

<sup>53</sup> *Ibid*, p. 36

<sup>54</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Glosario sobre migración*, disponible en [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf) [Recuperado 07 de diciembre de 2016], p. 38

<sup>55</sup> HERRERA CARASSOU, Roberto, *La Perspectiva Teórica en el Estudio de las Migraciones*, (México D.F., Siglo XXI Editores, 2006), p. 74.

<sup>56</sup> OIM, *Glosario* cit. (n.54), p. 38.

<sup>57</sup> HERRERA CARASSOU, *La Perspectiva* cit. (n.55), p. 61.

<sup>58</sup> OIM, *Glosario* cit. (n.54), p. 38.

En tercer lugar, la migración puede clasificarse en regular o irregular, atendiendo si el migrante cuenta o no con la autorización necesaria o documentos requeridos por el país de origen, para salir del país y por el país de destino, para ingresar en éste. Así, se entiende por migración irregular según la OIM “*personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor*”<sup>59</sup>, mientras que migración regular es aquella “*que se produce a través de canales regulares y legales*”<sup>60</sup>.

Ahora bien, la cuarta distinción que nos interesa, es aquella referente a los migrantes documentados e indocumentados, la cual se encuentra relacionada con la clasificación expuesta en el párrafo precedente. Por migrante documentado se entiende “*migrante que ingresa legalmente a un país y permanece en él, de acuerdo al criterio de admisión*”<sup>61</sup>. Por su parte, migrante indocumentado alude a “*extranjero que entra o permanece en un país sin la documentación requerida*”<sup>62</sup>, lo anterior incluye a quien entra al país sin documentación de forma clandestina<sup>63</sup>, quien entra utilizando documentación falsa<sup>64</sup> y quien, tras haber ingresado con documentación legal permanece en el país después del tiempo para el cual fue autorizado o, si habiendo violado las condiciones establecidas para el ingreso, permanece sin autorización<sup>65</sup>. Tanto el migrante indocumentado como el migrante irregular son comprendidos por la categoría de situación irregular, sin embargo, el primero se define en relación con el país de destino y el segundo en consideración tanto al país de destino como al país de origen, incluso respecto de un posible país de tránsito.

Estas clasificaciones nos son relevantes, por cuanto, tal como se menciona en los primeros párrafos del presente escrito, las migraciones que se atenderán principalmente son aquellas forzosas e internacionales. En lo que respecta a las migraciones regulares e irregulares, se presentan como más relevantes las segundas, por cuanto ponen en una situación de mayor vulnerabilidad a quienes tienen esta condición. Ello se aprecia con mayor claridad cuando el migrante en situación irregular es un NNA, por cuanto –como se verá en el Capítulo II– dicha situación trae aparejada una serie de consecuencias perniciosas, que llevan a la perturbación de los derechos que les reconoce la CDN.

## 2. Derecho internacional migratorio

Al pretender abordar las migraciones desde la perspectiva del derecho internacional es menester partir señalando que no existe un sistema global que regule este tema, es decir, no existe un estatuto aplicable específicamente a los migrantes, no siendo posible encontrar un tratado que trate a cabalidad este tema. Lo anterior, trae como consecuencia que se alce como principio rector en esta materia el principio de soberanía, por cuanto, si bien es cierto que el

---

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 40.

<sup>60</sup> *Ibid*, p. 41.

<sup>61</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>62</sup> *Ibid*, p. 26.

<sup>63</sup> La migración clandestina se define como “migración secreta, oculta o disimulada en violación de los requisitos de inmigración”. *Ibid*, p. 29

<sup>64</sup> Se entiende por documento falso el “documento de identidad o de viaje que ha sido elaborado o alterado de manera substancial por una persona distinta a la autoridad legalmente habilitada para elaborar o emitir ese documento en nombre del Estado; o que haya sido emitido u obtenido de manera irregular por medio de una declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o que haya sido usado por una persona distinta al titular legítimo”. *Ibid*, p. 21.

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 26.

derecho internacional contempla el derecho de cada persona a salir de su país, no contempla derecho relativo a entrar a otro país, quedando en manos de cada Estado determinar los criterios a aplicar para admitir y expulsar a los inmigrantes<sup>66-67</sup>.

Sin embargo, los Estados no tienen una autoridad absoluta sobre asuntos migratorios, sino que esta se vería limitada por una serie de derechos y principios consagrados en tratados internacionales, sea que vengan a regular directamente esta materia o regulando una diversa sus disposiciones influyan en la primera.

Así, encontramos como normas internacionales relevantes a este respecto, entre otras, la DUDH de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1963 (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC); la Convención sobre el Estado de los Refugiados de 1951; la CIPDTMYF; la CDN de 1989; Convención sobre el estatuto de los Apátridas de 1954 (CEA).

En esta materia, cabe tener presente el concepto de gobernanza de la migración internacional, el cual puede ser entendido como un “*proceso en el que el marco conjunto de normas jurídicas y estructuras orgánicas regulan y determinan el actuar de los Estados en respuesta a la migración internacional, al abordar derechos y obligaciones y fomentar la cooperación internacional*”<sup>68</sup>, siendo importante por cuanto permite contrapesar el concepto de gestión que puede entenderse como control o contención de la inmigración<sup>69</sup>, el cual - como ya se dijo- se encuentra relacionado con el principio de soberanía y, por ende, la potestad del Estado de determinar los criterios o parámetros aplicables al ingreso y expulsión de inmigrantes.

Entonces, es posible identificar, dentro del derecho internacional migratorio potestades soberanas de control migratorio y derechos humanos que se le reconocen a los inmigrantes en particular y a las personas en general, los cuales se alzan como límites a la autoridad estatal. Así, se ha avanzado progresivamente, durante el siglo XX, desde el reconocimiento de una libertad absoluta del Estado en cuestiones de control migratorio, hacia la restricción

---

<sup>66</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, disponible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/migration-sp.pdf> [Recuperado 07 de diciembre de 2016], p. 23.

<sup>67</sup> Esto se aprecia claramente en el artículo 71 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que señala: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de estos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención”.

<sup>68</sup> BETHS, Alexander, *Global Migration Governance*, en *Oxford University Press* (2001), cit. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Migración y derechos humanos, Mejoramiento de la Gobernanza basada en los Derechos Humanos de la Migración Internacional*, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReporSPt.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf) [Recuperado el 16 de diciembre de 2016], p. 9.

<sup>69</sup> *Ibíd*, p. 16.

de esta en pro de la observancia de los derechos de los extranjeros, destacándose a este respecto<sup>70</sup>:

- Cláusulas que consagran el principio de no discriminación e igualdad ante la ley contenidas comúnmente en instrumentos internacionales, que apunta a que el Estado garantice a todas las personas, dentro de su territorio, sin distinción, los derechos humanos<sup>71</sup>. Cabe destacar que, estos principios no solo exigen la abstención del Estado en orden a no realizar distinciones arbitrariamente discriminatorias en el plano jurídico, sino que también en el plano fáctico<sup>72</sup>. Así, el Estado debe velar por que cualquier diferencia en el trato entre nacional y no nacional que se consagre en el ordenamiento jurídico nacional, cumpla con un objetivo legítimo y que la manera de proceder para lograr aquel objetivo, sea razonable y proporcionada<sup>73</sup>.
- El derecho a asilo y a refugio que asiste a todas personas, siempre y cuando se encuentre en los supuestos establecidos para dichas categorías. Aunque el Estado no tenga el deber de recibirlas en su territorio, esto cobra relevancia una vez son concedidas tales calidades, por cuanto entra a regir el principio de no devolución, el cual será analizado más adelante<sup>74</sup>.
- La libertad de movimiento<sup>75</sup>, que es considerada un principio fundamental en esta materia como se señaló anteriormente, encontrándose a la base de la posibilidad de que la persona pueda abandonar su país de origen, entre otras cosas<sup>76</sup>.
- La unidad familiar y el interés superior del niño, como elemento que puede presentarse como determinante para que el Estado permita el ingreso de una persona a su territorio, incluso pueda implicar la imposición de una obligación positiva en este orden. Estos derechos son de suma relevancia en el presente escrito, por lo que serán analizados con mayor profundidad más adelante<sup>77</sup>.

---

<sup>70</sup> DOMÍNGUEZ, Cecilia, *Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?*, en *revista Chilena de Derecho*, 43 (2016) 1, p 190.

<sup>71</sup> Ejemplo de esto, lo encontramos en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>72</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 70) p. 193

<sup>73</sup> ACNUR, *Migración*, cit. (n.68) 14

<sup>74</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Derecho Migratorio Internacional*, disponible en [http://www.crmsv.org/documentos/IOM\\_EMM\\_Es/v1/VIS06\\_CM.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/VIS06_CM.pdf) [Recuperado 14 de diciembre de 2016], p. 8 – 11.

<sup>75</sup> La libertad ambulatoria se alza como límite a las potestades del Estado para regular asuntos migratorios. Así, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.”

<sup>76</sup> OIM, *Derecho*, cit. (n.74), p. 8 – 11.

<sup>77</sup> *Ibid.*

- Ciertas garantías procesales consagradas a propósito de privaciones de libertad y expulsión, por cuanto no depende meramente de la voluntad del Estado privar de libertad a una persona o expulsarla del país<sup>78</sup>, debiendo respetarse las normas del debido proceso<sup>79</sup>. Así, el Estado deberá garantizar el acceso a la justicia, el derecho a juez imparcial, el derecho a recurso, entre otros.

De lo expuesto puede desprenderse que, en definitiva, si bien se han hecho numerosos intentos por regular la cuestión migratoria, llevándose a cabo una serie de reuniones, convenciones, conferencias, etc. Los planes de acción planteados en dichas instancias no se han visto acompañados de la adopción de reglas reguladoras del fenómeno migratorio en las que se aprecie un consenso a nivel intergubernamental. En definitiva, el derecho internacional ha avanzado en orden a constituirse como límite a la potestad reguladora del Estado en materia migratoria, pero aún sigue existiendo un alto nivel de discrecionalidad al momento de establecer un estatuto jurídico aplicable a los no nacionales.

### III. Refugiado

#### 1. Refugio y asilo

Es común que se suele utilizar indistintamente los términos de “asilado” y “refugiado”, lo que puede ser producto de que ambos constituyan aspectos diferentes de una misma realidad<sup>80</sup>.

Tener presente el concepto de asilo es fundamental para efectos de aproximarnos al concepto de refugiado y al desarrollo de su normativa regulatoria en nuestra historia. Así, es menester destacar que las primeras fuentes internacionales que hacen referencia al derecho a asilo son la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948<sup>81</sup> y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>82-83</sup>.

En una aproximación al concepto de asilo, es necesario hacer una distinción clásica. Por un lado, encontramos el asilo territorial, el cual consiste en “*el amparo que un Estado*

<sup>78</sup> En este sentido, el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece una serie de requisitos en relación a la expulsión de un inmigrante y derechos que estos tienen frente a esta medida, destacando la prohibición de expulsiones colectivas y la necesidad de que la expulsión sea decretada por la autoridad competente conforme a la ley.

<sup>79</sup> OIM, *Derecho*, cit. (n. 74), pp. 8-11.

<sup>80</sup> VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica, 2007), p. 485

<sup>81</sup> Su artículo 14.1 hace referencia al derecho a asilo al disponer “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*”.

<sup>82</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es un documento internacional no vinculante, adoptada en 1948 por la Conferencia IX Internacional Americana en Bogotá, meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y vino a sentar las bases de la Convención Americana de Derechos Humanos que entraría en vigencia el 18 de julio de 1978. Este instrumento hace referencia al derecho asilo en su artículo 27 que prescribe “*Toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales*”. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Nuestra Historia*, disponible en [http://www.oas.org/es/acerca/nuestra\\_historia.asp](http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp) [Recuperado 10 de noviembre de 2016].

<sup>83</sup> CARRASCO Isaí, *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. Sobre la Interpretación del Concepto de Refugiado: los casos de Australia y Nueva Zelanda, y Lecciones para Chile*, (Valparaíso, 2015) p. 5.

*concede a un extranjero en su territorio contra su devolución o extradición a su país de origen*<sup>84</sup>. Por otro lado, tenemos el asilo diplomático que es “*la protección que un Estado otorga temporalmente en su embajada o en ciertos lugares sometidos a su jurisdicción a una persona a la que considera está siendo objeto de una persecución por motivos políticos*”<sup>85</sup>. Esta distinción es relevante por cuanto se trataría de instituciones diferentes<sup>86</sup>.

El origen histórico del asilo territorial y político se remonta a los tiempos de Grecia y Roma, pero su desarrollo se dio en América Latina a partir, especialmente, de las Conferencias Panamericanas de la Habana y Montevideo de 1928 y 1933 respectivamente, que vinieron a establecer las primeras normas a este respecto. Lo anterior fue producto de la inestabilidad política que en la época se apoderó de Latinoamérica, los golpes de Estado y el miedo por parte de ciertos políticos de verse enfrentados a persecuciones políticas<sup>87</sup>.

Ahora bien, la protección de los refugiados se remonta a fines de la Primera Guerra Mundial, surgiendo con el objeto de proteger a los refugiados rusos y armenios tras la revolución soviética de 1917. A estos siguieron los refugiados de los años 20’ y 30’, conformados por una gran cantidad de personas desplazadas como consecuencia de las persecuciones nazi, la guerra civil española y las variaciones territoriales producto de la Gran Guerra<sup>88</sup>.

Lo anterior llevó a la creación de una institución especializada para proteger a los refugiados por parte de la Sociedad de las Naciones, el Alto Comisionado para los Refugiados y la celebración de una serie de acuerdos internacionales para el otorgamiento de un estatuto especial para estos<sup>89</sup>.

Para fines de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional tendrá, dentro de sus principales preocupaciones, el problema de los refugiados y desplazados en Europa, lo cual justificó el establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en 1950 y la adopción de la Convención Relativa a los Refugiados de 1951, que vino a ser complementada con el Protocolo de 1967<sup>90</sup>. Esta Convención es importante por cuanto fue el primer instrumento internacional en contemplar los aspectos más importantes de la vida de los refugiados, consagrando ciertos derechos fundamentales a favor de ellos y reconociendo la necesidad de cooperación internacional para afrontar los problemas que presenta esta cuestión<sup>91</sup>.

Cabe mencionar que, entre los Estados Partes de la Convención en comento y su respectivo Protocolo, se encuentra nuestro país desde el 18 de enero de 1972 y el 27 de abril de 1972, respectivamente.

---

<sup>84</sup> VARGAS CARREÑO, cit. (n.80), p. 485

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 487.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Preguntas y Respuestas sobre la Convención de 1951*, disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/la-convencion-de-1951/preguntas-y-respuestas-sobre-la-convencion-de-1951/> [Recuperado el 05 de noviembre de 2016]

Si bien es necesario referirse a la historia del asilo para llegar a la condición de refugiado –tal como lo hace Edmundo Vargas–, no son términos que deban ser confundidos -aunque lo común es que se utilicen indistintamente-. Así, según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, solicitante de asilo “*es quien solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud aún no ha sido evaluada de forma definitiva*”<sup>92</sup>.

Sin embargo, lo señalado por el ACNUR incurriría también en una confusión conceptual. Según Esponda Fernández, al menos en América Latina, la confusión terminológica tendría su origen en Tratado de 1939 de Montevideo sobre Asilo y Refugio Político, que viene a distinguir entre asilo diplomático y territorial, igualando este último al concepto de refugiado<sup>93</sup>. Así, en el Informe de las Discusiones del Tratado en cuestión, se habría dejado constancia que “*en efecto, el asilo político es aquel que otorga a los jefes de misión o comandantes en las embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos militares o aeronaves militares, a los perseguidos por motivos o delitos políticos, y por delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición. El refugio, en cambio, se refiere al perseguido político que exila por idénticos motivos que los enunciados(...)*”<sup>94</sup>.

Más adelante, será la Conferencia de Caracas de 1954, la que distinguiría terminológicamente entre asilo territorial y político, dándoles un tratamiento distinto, sin embargo, se mantuvo la confusión entre el primero y el refugio en su esencia<sup>95-96</sup>.

Ahora bien, teniendo presente lo anterior, las principales diferencias entre la institución del asilo y el refugio en Latinoamérica, siguiendo a Jaime Ruiz de Santiago, serían:

- El asilo puede ser concedido en el país de origen del solicitante, mas no así el refugio. De cara a la condición de refugiado es menester que quien la solicita haya abandonado su país de nacionalidad o de residencia habitual. Así, el ACNUR, en el Manual y

---

<sup>92</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Solicitante de asilo*, disponible en <http://www.acnur.org/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>, [Recuperado el 05 de noviembre de 2016]

<sup>93</sup> ESPONDA FERÁNDIZ, Jaime, *La Tradición Latinoamericana de Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados*, en GIANELLI, María; MANLY, Mark; MURILLO, Juan Carlos; SAN JUAN, Cesar (a cura di), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Costa Rica, Editoroma S.A., 2004), p. 97.

<sup>94</sup> ZÁRATE, Luis, *El Asilo en el Derecho Internacional Americano* (Bogotá, Iqueima, 1958), p. 92, cit. por ESPONDA, cit. (n. 93), p. 81.

<sup>95</sup> La Décima Conferencia Panamericana – o Conferencia de Caracas - se llevó a cabo entre el 1 y el 28 de marzo de 1954. En ésta se aprobaron tres convenciones sobre asilo diplomático, asilo territorial y fomento de las relaciones culturales. Así, por un lado, encontramos la Convención sobre Asilo Diplomático adoptada en Caracas Venezuela el 28 de marzo de 1954 mediante la Resolución A-46 de la Organización de los Estados Americanos, entrando en vigor el 29 de diciembre del mismo de conformidad a su artículo 23, que señala en su artículo 1º que este asilo es aquel “*otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares a personas perseguidas por motivos o delitos políticos*”; por su parte, Convención sobre Asilo Territorial fue adoptada en Caracas Venezuela, el 28 de marzo de 1954 mediante la Resolución de A-47 de la Organización de Estados Americanos, entrando en vigor el 29 de diciembre del mismo año conforme su artículo 14. El artículo 1 de esta Convención dispone que “*Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente*”; por tanto se trata de una figura que implica la acogida de un inmigrante en el territorio de un Estado, no comprendiendo las ficciones anteriormente señaladas.

<sup>96</sup> ESPONDA, cit. (n. 93) p. 102.

Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, señaló respecto de este requisito que, para estos efectos, las embajadas no cumplirían con corresponder a un territorio fuera del país de nacionalidad<sup>97</sup>.

- Las causales de concesión de refugio son más limitadas que aquellas que autorizan a la concesión de la condición de asilado<sup>98</sup>.

## 2. Refugio y migración

Los conceptos de refugio y migración tampoco deben ser confundidos. Como ya se mencionó, a grandes rasgos, el concepto de refugiado comprende personas que huyen de conflictos armados o persecuciones, huida que puede ser motivada por condiciones tales que vuelven intolerables su vida, viéndose forzados a cruzar las fronteras internacionales en busca de seguridad. Los migrantes, en cambio, pueden optar por trasladarse de un lugar a otro sin que necesariamente exista una amenaza o riesgo de persecución, sino que también para poder encontrar trabajo, reunificar sus familias, entre otros motivos<sup>99</sup>.

Los refugiados, tienen un estatuto especialmente previstos para ellos –principalmente la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967–, el cual define qué se entiende por tal y consagra derechos básicos que los Estados han de garantizarle. Por su parte, en lo que respecta a los migrantes, por carecer de un estatuto de aplicación general, no existe definición unánime –o, al menos, generalmente aceptada– y los Estados tienen mayor grado de libertad al momento de definir sus políticas migratorias y establecer procedimientos respectivos al ingreso, permanencia y expulsión del país. Así, por ejemplo, en materia de refugio, rige el principio de no devolución –o *non-refoulement*– consagrado en el artículo 33.1 de la Convención de 1951, que señala que “*Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*”, lo cual no se prevé para las migraciones<sup>100</sup>.

Además, otra diferencia relevante, se da respecto a los requisitos que se exigen para poder acceder a la condición de refugiado, los cuales se encuentran expresamente consagrados en la Convención de 1951 y en su respectivo Protocolo. Lo anterior, no se aprecia cuando de migrantes se trata, no existiendo requisitos generales para acceder a dicha calidad, lo cual es de toda lógica, si se tiene en consideración que, a diferencia de los refugiados, éstos no tienen una protección especial. Así, por ejemplo, el artículo 1.A del

<sup>97</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf> [recuperado el 25 de noviembre de 2016], p. 21.

<sup>98</sup> RONDANINI, Alejandro, *El derecho a solicitar asilo*, en GORDILLO Agustín; FLAX Gregorio, *Derechos Humanos*<sup>6</sup> (Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2007), p. XII-5 y 6.

<sup>99</sup> ACNUR, *¿Refugiado o ‘Migrante’?*, cit. (n.4).

<sup>100</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Preguntas frecuentes sobre los términos “refugiados” y “migrantes”*, disponible en <http://www.acnur.org/noticias/noticia/preguntas-frecuentes-sobre-los-terminos-refugiados-y-migrantes/>, [Recuperado el 03 de enero de 2017].

Estatuto de Refugiados exige –para que sea reconocida esta calidad– no querer o no poder acogerse a la protección del país de nacionalidad –requisito que será analizado en el acápite siguiente–, lo que implica que el refugiado deja de recibir protección por parte de su país de nacionalidad, mientras que el migrante no pierde necesariamente la protección de aquel<sup>101</sup>.

Ahora, siguiendo al ACNUR, creemos que no es el ideal usar estos términos indistintamente. Al no existir una definición consensuada de migrante, se tiende a comprender al refugiado dentro de los migrantes forzados, sin embargo, ello lleva a que se hable indistintamente uno del otro, restándole importancia al estatuto protector especial de los primeros<sup>102</sup>, por lo que debiera evitarse.

### 3. Concepto de refugiado a la luz de la Convención de los Estatutos de los Refugiados de 1951 y Protocolo Facultativo de 1972

La Convención de los Estatutos de los Refugiados de 1951, es de vital importancia en esta materia, por cuanto, y en palabras del ACNUR, constituye la fundación de la protección internacional de los refugiados. Esta Convención viene a definir quién es refugiado – concepto e hipótesis– y a consagrar una serie de derechos y deberes tanto para estos y como para los Estados<sup>103</sup>.

Fue el 28 de julio de 1951, un año después de la creación del ACNUR, que se adoptó la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados en Ginebra, con el objeto de ayudar otorgar protección internacional a quienes, tras las Segunda Guerra Mundial, tenían temores fundados de una posible persecución en su contra o de que su vida se encontrare en riesgo<sup>104</sup>.

El artículo 1º letra A de la Convención nos señala que, para los efectos de ésta, el término refugiado “se aplicará a toda persona:

1) *Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926<sup>105</sup> y del 30 de junio de 1928<sup>106</sup>, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933<sup>107</sup> y del 10 de febrero de 1938<sup>108</sup>, del Protocolo del 14 de septiembre de 1929 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.*

*Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.*

<sup>101</sup> ACNUR, *¿Refugiado o ‘Migrante’?*, cit. (n.4).

<sup>102</sup> ACNUR, *preguntas*, cit. (n.100).

<sup>103</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *La Convención de 1951*, disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/la-convencion-de-1951/> [Recuperado 13 de noviembre de 2016]

<sup>104</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Historia del ACNUR*, disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/> [Recuperado 13 de noviembre de 2016].

<sup>105</sup> Acuerdo provisional de 12 de mayo de 1926, define el concepto de refugiado a la época.

<sup>106</sup> Acuerdo relativo al Estatus legal de Refugiados Rusos y Armenios del 30 de junio de 1928.

<sup>107</sup> Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados del 28 de octubre de 1933.

<sup>108</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 10 de febrero de 1938.

2) *Que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él.*

*En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.”*

A continuación, se analizará brevemente el concepto expuesto.

*a) Relación con instrumentos anteriores*

Como se aprecia, el artículo 1° sección A párrafo 1) de la Convención, hace referencia a los refugiados amparados por instrumentos anteriores a la Convención, que tiene por objeto vincular este instrumento con el pasado y garantizar la continuidad de la protección internacional de los refugiados. Así, quien fue considerado refugiado bajo los instrumentos citados por esta disposición, es automáticamente refugiado en virtud del Estatuto de 1951<sup>109</sup>.

*b) Limitación geográfica y temporal*

El segundo párrafo de la sección en comento, por su parte, se puede desmembrar en ciertos elementos. Así, hace referencia a “acontecimientos<sup>110</sup> ocurridos antes del 1° de enero de 1951”, lo cual se presenta como fundamento de la adopción del Protocolo Facultativo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Antes de este instrumento, la Convención de 1951 resultaba ineficaz de cara a acontecimientos posteriores a la fecha señalada. Así, teniendo en consideración nuevas situaciones que hicieron conveniente extender la regulación a los casos no comprendidos por la Convención y la conveniencia de establecer un estatuto unitario para los refugiados a nivel internacional, se firma en Nueva York el 31 de enero de 1967 el mencionado Protocolo. Lo anterior, es de suma relevancia de cara a la determinación del concepto de refugiado, por cuanto implica una ampliación de los supuestos de aplicación del estatuto regulador de los refugiados. Sin embargo, cabe tener presente que la limitación temporal en comento sigue vigente respecto de los Estados Partes de la Convención que no adhirieron al Protocolo.

Lo anterior debe ponerse en relación con la sección B) del artículo 1°, por cuanto consagra una posible limitación geográfica en lo que respecta a los acontecimientos a los que alude la sección A), que pueden referirse a “acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951, en Europa” o “en Europa o en otro lugar”, debiendo cada Estado, al momento de

---

<sup>109</sup> ACNUR, *Manual*, cit. (n. 97), p. 11.

<sup>110</sup> “Sucesos de gran importancia que implican cambios territoriales o cambios políticos profundos y los programas sistemáticos de persecución que son consecuencia de cambios anteriores” Documento NU E/1618 p. 39, cit. por ALTO COMISIONADO, *Manual*, cit. (n.97), p. 12.

la ratificación o adhesión, precisar el alcance que desea darle. En todo caso, el mismo artículo permite que posteriormente, en cualquier momento, el Estado Parte pueda extender sus obligaciones, adoptando la segunda fórmula.

c) *Tener fundados temores de ser perseguida*

Luego, continúa, el enunciado “*fundados temores de ser perseguida*” establece un elemento esencial de la condición de refugiado. Aquí apreciamos un elemento subjetivo constituido por los temores y un elemento objetivizador que viene dado por la exigencia de fundamentación.

Al hablar de temores, como ya se mencionó, se consagra un elemento subjetivo en la definición de refugiado, ligado a un estado anímico de la persona en cuestión, el cual deberá analizarse teniendo presente la personalidad del solicitante, por cuanto las reacciones psicológicas varían de un individuo a otro. Así, por ejemplo, hay personas que se aferran en mayor medida que otras, lo cual resultaría determinante para efectos de calificar como intolerable la estadía o el regreso al país de nacionalidad<sup>111</sup>.

Al hablar de temores “*fundados*” se está aludiendo a una situación objetiva, que las autoridades de cada país analizarán atendiendo las declaraciones de cada solicitante de asilo y el caso concreto de éste, resultando fundados los temores en medida que pueda demostrar que la estadía en su país se ha hecho intolerable o que el regreso sería intolerable, por las que razones que taxativamente indica el mismo artículo 1°. En todo caso, cabe tener presente, que las razones dadas por el solicitante no necesariamente deben basarse en su experiencia propia<sup>112</sup>.

Por otro lado, el término “*perseguido*” no tiene una definición universal. Este concepto fue incluido en la Convención de 1951 en un intento por dotar de mayor flexibilidad del concepto, sin embargo, ello solo derivó en confusiones dada la indeterminación del concepto<sup>113</sup>. Ahora bien, pese a ello, el ACNUR ha dicho que a partir del artículo 33<sup>114</sup> de la Convención es posible deducir que, persecución se referiría a “*toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*”<sup>115</sup>, además de “*otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones*”<sup>116</sup>.

Cabe tener presente que dicha persecución puede provenir de las autoridades de un país o de un sector intolerante de la población, cuyo comportamiento gravemente discriminatorio

---

<sup>111</sup> ACNUR, *Manual*, cit. (n.97), p. 12.

<sup>112</sup> *Ibid*, pp. 12 y 13

<sup>113</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Advisory Opinion by UNHCR on the Interpretation of the Refugee Definition*, disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4551c0374.pdf>. [Recuperado 17 de noviembre de 2016] p. 3.

<sup>114</sup> Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: “*Prohibición de expulsión y de devolución*.  
1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones (...)”

<sup>115</sup> ACNUR, *Manual*, cit. (n.97), p. 12.

<sup>116</sup> *Ibid*.

o vejatorio puede equipararse a persecución si este es tolerado por las mencionadas autoridades<sup>117</sup>.

d) *Temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.*

El listado de causales indicadas en el artículo 1° es taxativo, y como señala Somohano, estas constituirían la principal diferencia entre refugiado y emigrante<sup>118</sup>, así el ACNUR ha señalado que un emigrante “*es aquella persona que, por motivos distintos de los enunciados en la definición, abandona voluntariamente su país a fin de establecer su residencia en otro lugar*”<sup>119</sup>.

Estas causales deberán ser invocadas por el solicitante de la condición de refugiado, pudiendo éste invocar más de una, correspondiendo a la autoridad nacional competente determinar cuál sería causal procedente. Por otro lado, como no es común el conocimiento técnico de esta materia entre los solicitantes de refugio, es muy común que en la práctica no se indique ninguna causal, siendo de cargo de la autoridad interpretar el relato que éste hace para efectos de determinar si se encuadra dentro de una de las causales previstas por el Estatuto<sup>120</sup>.

Ahora bien, cabe tener presente que, del análisis de las causales en comento, se aprecia que estaríamos frente a libertades y derechos fundamentales consagrados a nivel internacional y nacional<sup>121</sup>. Así, por ejemplo, de cara a la raza como motivo o causal de la persecución, es posible tener presente el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965<sup>122</sup>, cuyo artículo primero nos señala lo que se entiende por discriminación racial<sup>123</sup>.

e) *Persona fuera de su país de nacionalidad*

Conforme al Convenio de Ginebra aquel que pretende que le sea reconocida la condición de refugiado debe estar fuera de su país de nacionalidad. Esta exigencia hace referencia a que la persona solicitante de refugio se encuentre fuera del territorio jurisdiccional del país del cual es nacional. Lo anterior, se acreditará mediante la posesión de

---

<sup>117</sup> *Ibid*, p. 16.

<sup>118</sup> SOMOHANO SILVA, Katya, *El derecho internacional de los refugiados, balance y evolución* en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 248 (2007) p. 76.

<sup>119</sup> ACNUR, *Manual*, cit. (n.97), p. 15.

<sup>120</sup> *Ibid*, p. 16.

<sup>121</sup> SOMOHANO, cit. (n. 118) p. 78

<sup>122</sup> La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada el 21 de diciembre de 1965, mediante la resolución 2106 A (XX) por la Asamblea General de Naciones Unidas, entrando en vigor el 4 de enero de 1969 según su artículo 19 indica.

<sup>123</sup> Artículo 1° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: “*1. “Discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”.

un pasaporte nacional, a partir de lo cual se presume que el titular de éste, es nacional del país que lo expidió, admitiéndose prueba en contrario<sup>124</sup>.

Ahora bien, los supuestos de personas con doble nacionalidad habrán de sujetarse al artículo 1° A) inciso segundo del Convenio, el cual prescribe que habrá de acogerse a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea, salvo existe razón válida derivada de un fundado temor para no hacerlo.

*f) No querer o no poder acogerse a la protección del país de nacionalidad*

Puede ocurrir que la persona no pueda acogerse a la protección de su país nacionalidad, que éste le niegue su protección o que la persona no quiera la protección de aquél. En el primer supuesto, encontramos la imposibilidad de acogerse a la protección del país del cual es nacional, lo cual implica la intervención de circunstancias ajenas a la voluntad del solicitante, ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de una guerra civil que hagan imposible o ineficaz que el país en cuestión conceda su protección. El segundo supuesto, en cambio, se refiere a los casos en que el país de nacionalidad, lisa y llanamente, deniega la protección al solicitante, como es el caso en que se denieguen servicios que el país en cuestión normalmente proporciona a sus ciudadanos. Finalmente, respecto al solicitante que se niega a aceptar la protección de las autoridades de su país de nacionalidad, ello habrá de ser analizado o valorado a la luz de los temores fundados que han de tenerse para acceder al reconocimiento de la condición de refugiado<sup>125</sup>.

*g) Persona sin nacionalidad o hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no quiera o no pueda regresar a su país de nacionalidad a causa de dichos temores.*

La parte final del artículo 1.2. hace referencia a los solicitantes de refugios apátridas<sup>126</sup>, donde la expresión “país donde antes tuviera su residencia habitual” se hace equivalente a la del “país de nacionalidad”, tal como ocurre con “no quiera regresar a él” a “no quiera acogerse a la protección”. Es decir, se exige que el apátrida haya abandonado el país de residencia habitual por los motivos que indica el artículo en comento. Los autores de la Convención de 1951 definieron país de residencia habitual como “el país en que había residido y en el que había sido o temía ser perseguido si regresaba a él”<sup>127</sup>.

Cabe tener presente que, un apátrida puede haber tenido residencia habitual en más de un país, pero no se exige que se satisfaga la exigencia de existencia de temores fundados de persecución en todos estos. Así, determinado que un apátrida es refugiado respecto de cierto país, el cambio posterior de residencia habitual no afectará dicha condición<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> ACNUR, *Manual*, cit. (n.97), p. 21.

<sup>125</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>126</sup> Artículo 1.1. de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954: “A efectos de la presente Convención, el término ‘apátrida’ designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.”

<sup>127</sup> ACNUR, *Manual*, cit. (n.97), p. 23.

<sup>128</sup> *Ibid*.

## CAPÍTULO II

### NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

#### I. Niños, niñas y adolescentes y migración

Como es de suponer los niños y adolescentes forman parte de los flujos migratorios, representando el tramo de 0 a 19 años un 15% de la población migrante total a nivel global, de los cuales, aproximadamente, 11.000.000 tendrían entre 15 y 19 años; 7.000.000 tendría entre 5 y 9 años y 6.000.000 tendría entre 0 y 4 años<sup>129</sup>. Así, la población migratoria entre 0 y 9 años es realmente significativa, sin tener en consideración la dificultad que presupone incluir en estas estadísticas los niños involucrados en migraciones irregulares.

Como se mencionó previamente, los derechos de los NNA se encuentran reconocidos y protegidos a nivel internacional, principalmente, en la CDN y sus protocolos respectivos. Sin embargo, cabe tener presente que como los niños son personas, también se encuentran protegidos por una serie de tratados sobre derechos humanos, aunque éstos no se enfoquen en específico en su calidad de niño. Los principios y derechos consagrados en la normativa internacional deben ser observados por los Estados Partes que suscriben cada convención<sup>130</sup>. De este modo, si bien no existe un estatuto reconocido a nivel internacional para los migrantes en particular, existen una serie de tratados internacionales que –sin regular de forma acaba su condición– consagran una serie de derechos que han de serles reconocidos, no pudiendo excluirse a los NNA de dicha normativa. En todo caso, cabe tener presente que, dicha calidad –de migrante–, en ningún caso podrá primar por sobre la calidad de niño, puesto que implicaría hacer una distinción que la CDN no hace, sino que prohíbe en su artículo 2°. Lo mismo ocurre, a su vez, con la Convención de 1951 y su Protocolo respectivo, por cuanto a los niños habrá de serle reconocido el estatuto aplicable a los refugiados si se encuentran dentro de las hipótesis que prevé el artículo 1.A de dicho instrumento y los correspondientes derechos que este instrumento viene a consagrar en favor de estos, sin ser excluyente dicha calidad de los derechos consagrados en favor de los NNA.

Ahora bien, al poner en relación a los niños con la migración es posible distinguir entre ciertas hipótesis que se caracterizan por ser las más comunes según lo ha señalado la UNICEF:

- Que el niño permanezca en su país de origen, mientras sus familiares se trasladan a otro;
- Que el niño migre junto a sus padres o familiares;
- Que el niño migre sin compañía de sus padres o tutores;
- Que el niño nazca en un país de destino o de tránsito con padres en situación de migración irregular y;

---

<sup>129</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *La Travesía, Migración e infancia*, disponible en [https://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef\\_Migracion\\_web\(2\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web(2).pdf) [Recuperado el 17 de diciembre de 2016], p. 7.

<sup>130</sup> *Ibid*, p. 11.

- Que el niño le sea concedida la condición de refugiado o que sea solicitante de dicha condición<sup>131</sup>.

Los principales problemas que se dan respecto de los niños migrantes se presentan en los últimos tres casos, en particular cuando los NNA se trasladan de un país a otro sin la adecuada supervisión de un adulto, sean sus padres o tutores. De este modo, se acostumbra distinguir en materia migratoria dos categorías especiales de niños, tales serían: niños no acompañados y niños separados de sus padres. Por niños no acompañados se entiende “*los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad*”<sup>132</sup>, mientras que, por niños separados de sus padres se entiende “*los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes*”<sup>133-134</sup>.

## II. Necesidad de resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes

### 1. Especial condición de vulnerabilidad

La Real Academia de la Lengua Española define como vulnerable a quien “*puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*”<sup>135</sup>. Ello se condice, a grandes rasgos, con el concepto entregado por la ONU de vulnerabilidad, es decir, “[*l]as características y las circunstancias de una comunidad, sistema o bien que los hace susceptibles a los efectos dañinos de una amenaza*”<sup>136</sup>. De lo anterior, se desprende que la vulnerabilidad sería un estado de riesgo al que están sujetas ciertas personas, es decir, la probabilidad de ocurrencia de ciertos acontecimientos, que pueden generar graves consecuencias negativas<sup>137</sup>.

Cuando este estado de mayor riesgo se presenta por características individuales de una persona, llegando a imposibilitarla de cara a la satisfacción de sus necesidades básicas o defensa de sus derechos, estaremos frente a un posible acto discriminatorio, cuya concreción será manifestación de una violación de los derechos humanos. Así, para efectos de la presente investigación, estimamos apropiado entender vulnerabilidad como “*la condición de ciertas personas o grupos por la cual se encuentra en riesgo de sufrir violaciones a sus derechos*”

<sup>131</sup> UNICEF, *La Travesía*, cit. (n. 128), p. 17.

<sup>132</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°6 (2005). Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 6.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> ESPEJO, Nicolás; BALART, Andrea, *Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena*, en UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN’S EMERGENCY FUND, *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y víctimas de trata internacional en Chile*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8938.pdf> [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 12.

<sup>135</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Vulnerable*, disponible en <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

<sup>136</sup> ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE LAS NACIONES UNIDAS, *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*, disponible en [http://www.unisdr.org/files/7817\\_UNISDRTerminologySpanish.pdf](http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf) [Recuperado el 23 de diciembre de 2016].

<sup>137</sup> LARA, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, (México, Comisión Nacional de Derechos Humanos México, 2013), p. 24.

*humanos*”<sup>138</sup>, condición que sería relativa a la capacidad de dar respuesta individual o colectivamente a ciertas situaciones.

En todo caso, es menester precisar que, como dice Lara, ni las personas ni los grupos son en sí mismos vulnerables, sino que están sujetos a condiciones de vulnerabilidad, las que los sitúan en una posición de desigualdad en comparación a otros, impidiendo o limitando el ejercicio pleno de sus derechos. Entonces, sería un fenómeno condicionado por el desarrollo de las relaciones sociales. A lo anterior cabe agregar que, identificadas las cuestiones que ponen a ciertas personas en una situación vulnerable, se vuelve indispensable establecer medidas de “*discriminación positiva o acciones afirmativas*”<sup>139</sup> en pro de un trato equitativo para lograr un justo equilibrio en la estructura social<sup>140</sup>.

A este respecto cabe cuestionarse ¿Son los NNA un grupo vulnerable? Y, de ser así ¿Qué tan vulnerable son? Los NNA se caracterizan por ser vulnerables física y psicológicamente y, en ciertos casos, socialmente –como lo es en supuesto de detención o conflicto armado–. Lo anterior ha justificado la adopción de instrumentos internacionales vinculantes, por cuanto se aprecia en la historia una persistente y sistemática violación de los derechos humanos en razón de la edad, raza o género, que presenta como insuficientes las convenciones sobre derechos humanos que protegen a la persona humana en cuanto tal<sup>141</sup>.

Por otro lado, cuando se habla de persona migrante se considera que estamos frente a una persona vulnerable, dada la desigualdad que existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos de cara a los nacionales, lo cual se relacionaría con la falta de poder en comparación con la población no migrante<sup>142</sup> y empeora aún más si se trata de migrantes en situación irregular<sup>143</sup>. Debemos tener en cuenta que, la decisión de abandonar el país de origen no siempre será voluntaria, sino que muchas veces las personas se encuentran en la necesidad de dejar todo lo que conocen atrás en búsqueda de estabilidad o protección. Sin embargo, si bien existe un derecho a solicitar refugio o asilo, el solicitante no necesariamente

---

<sup>138</sup> HERNÁNDEZ, Ricardo; ELOY, Hector, *El VIH/SIDA y los derechos humanos. Guía básica para educadores en derechos humanos*, p. 11, cit. por LARA, cit. (n.137), p. 25.

<sup>139</sup> En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “*Debe tomarse en consideración que el principio de no discriminación se encuentra íntima e inseparablemente ligado al concepto de grupo en situación de alta vulnerabilidad, el cual requiere de protección especial...*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>, [Recuperado el 23 de diciembre de 2016], p. 74.

<sup>140</sup> *Ibid*, p. 27-29.

<sup>141</sup> MORLACHETTI, Alejandra, *La Convención sobre los Derechos del Niño y la Protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos*, en RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR, *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf) [Recuperado el 25 de diciembre de 2015].

<sup>142</sup> En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló “*Los Estados americanos deben garantizar un trato digno a la población migrante en general, con el fin de evitar violaciones y abusos contra este sector tan vulnerable*”. CIDH, *OC-18/03* cit. (n.138), p. 12.

<sup>143</sup> ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerilin, *La vulnerabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología*”, en Burgogue-Lasen, Laurence; Maules, Antonio; Sánchez, Beatriz (a cura di), *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, (Barcelona, 2014), p. 215–217.

se encontrará en condiciones para ingresar legalmente en un Estado<sup>144</sup>, pudiendo no cumplir con los estrictos criterios que se establecen para tales efectos.

Ahora bien, cuando la condición de migrante y la condición de niño confluyen en una sola persona, entonces encontramos a NNA que deben enfrentarse a una doble situación de desigualdad. La vulnerabilidad de este grupo se ve extremada cuando se trata de niños no acompañados o separados de sus padres.

Esto ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, “la Comisión”– al señalar que los NNA migrantes se encontraría en situación de extrema vulnerabilidad dada su escasa probabilidad de resistencia frente a las vulneraciones de derechos humanos, como consecuencia de diversos factores: edad, no ser nacionales, incluso, su género en el caso de las niñas. También reconoce que, dicha vulnerabilidad se ve agravada cuando el niño o adolescente se encuentra en situación irregular, siendo más propensos a abusos de particulares y de autoridades, a lo cual se le suma el temor de recurrir a estas últimas por el riesgo de ser detenido y deportado<sup>145</sup>.

## 2. Los niños y adolescentes y problemas asociados a la migración

Los movimientos migratorios traen aparejadas consecuencias en distintos ámbitos (económico, social, etc.), tanto para los países origen como para los países de destino. En el caso de los NNA envueltos en procesos migratorios, se aprecia una exposición de éstos a un conjunto variado de situaciones que amenazan o perturban sus derechos, viéndose en peligro su integridad física, psíquica e, incluso, sus vidas.

Ahora ¿cuáles son en concreto las consecuencias de las migraciones para la infancia y adolescencia?

Antes de señalar las posibles consecuencias, es menester precisar que éstas variarán dependiendo de la situación concreta en la que se encuentre el niño o adolescente. De este modo, es posible apreciar tanto consecuencias positivas como negativas, dándose las primeras más bien en situaciones ideales, por ejemplo, en migraciones con fines académicos o aquellas que, en general, se llevan a cabo en búsqueda de oportunidades de desarrollo y resultan exitosas en su objetivo. Otro ejemplo, puede ser, aquel en que los padres viajan por motivos laborales, dejando a sus hijos en el lugar de origen, enviándole constantemente dinero, lo que le permitiría al niño tener una mejor situación socioeconómica. Sin embargo, al igual que en el caso de los niños migrantes separados o no acompañados, la ausencia de los progenitores u otro familiar, aumenta la probabilidad de que los NNA no reciban el

---

<sup>144</sup> CASTLES, Stephen, *Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales*, en *Revista de Migración y Desarrollo*, 7 (2010), p. 50.

<sup>145</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Niños, niñas y adolescentes migrantes (Artículos 1.1, 2, 4.1, 6, 7, 8, 11, 17, 18, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I,II, VI, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>, [Recuperado el 25 de diciembre de 2016], p. 15–16.

cuidado y protección que requieren, encontrándose constantemente expuestos a diversos riesgos, tales como: tráfico, explotación y abuso<sup>146</sup>.

Desgraciadamente, no son pocos los casos en que las consecuencias de la migración son gravemente perjudiciales para los niños. A continuación, se enunciarán aquellas que son consideradas más graves –lo cual, evidentemente, no obsta a que existan más– para posteriormente desarrollar cada una. A este respecto, es menester destacar que las consecuencias negativas de la migración en la infancia no se agotan en las consecuencias fácticas –físicas y psicológicas–, sino que también las hay jurídicas.

Así, en primer lugar, tanto los niños y niñas que migran, como aquellos que son dejados atrás por padres o familias migrantes, pierden a sus principales referentes en la vida, lo cual es considerado un pernicioso efecto psicosocial de la migración, que puede traducirse en sentimientos de abandono y pérdida de autoestima, entre otros. En directa relación con lo anterior, un caso especial, y particularmente preocupante, es aquel en que un niño debe hacerse cargo de otro niño, así, por ejemplo, cuando un hermano o hermana mayor debe hacerse cargo sus hermanos menores, por cuanto conduce a una maduración precoz al verse enfrentado a la asunción de responsabilidades que no se condicen con su edad, lo cual comprometerá seriamente su futuro, encontrándose dentro de las opciones más probables el abandono de los estudios<sup>147</sup>.

Por otro lado, la alta tasa de migración irregular lleva a que muchos migrantes ingresen a un país distinto al de su nacionalidad y permanezcan en aquél, bajo la condición de “indocumentado”, situación que se presenta como base para vulneración del derecho de los niños y adolescentes a una nacionalidad, nombre e identidad. Lo anterior, además, coarta la posibilidad de que estos niños y sus familias accedan a servicios de salud y a educación, lo que propicia el tráfico de migrantes, la adopción ilegal y la explotación sexual y laboral. De este modo, los NNA en condición irregular son frecuentemente víctimas de violencia y abusos de todo tipo<sup>148</sup>.

#### *a) Desintegración familiar*

Algunos señalan que el impacto más fuerte de las migraciones recae en las familias. Las migraciones en muchos casos implican la separación de éstas, quedando los niños sin uno o sin ambos progenitores, incluso sin ningún familiar que pueda hacerse cargo de ellos a su corta edad y atender sus necesidades físicas y afectivas. En estos casos, se produce una crisis de valores, al ser la familia la fuente principal de amor y sentido de pertenencia para los NNA<sup>149</sup>.

Las investigaciones de los últimos 30 años, han arrojado que la interacción del niño con sus padres tiene un impacto significativo en el desarrollo del cerebro, demostrando mejores resultados físicos e intelectuales, dejando en evidencia que la separación del niño de

---

<sup>146</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Migración e infancia*, disponible en [https://www.unicef.org/lac/migracion\\_e\\_infancia.pdf](https://www.unicef.org/lac/migracion_e_infancia.pdf) [Recuperado el 17 de diciembre de 2016], p. 8.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>149</sup> FAITH TO ACTION, *Niños, orfanatos y familias*, disponible en <http://www.bettercarenetwork.org/sites/default/files/Ninos%20Orfanatos%20y%20Familias-%20Summary%20of%20Research%20Spanish.pdf> [Recuperado el 16 de diciembre de 2016], p. 8.

sus progenitores afecta seriamente su desarrollo social<sup>150</sup>. Además, aquellas situaciones en que los NNA carecen de la supervisión por parte de sus padres, normalmente, se presentan como base de graves problemas socioeconómicos. Si bien, la relación existente entre ambas cuestiones no se presenta como una relación directa, es decir, como consecuencia necesaria la una de la otra, al encontrarse separado el niño de su núcleo esencial, incrementa la posibilidad de que éste se vea envuelto en una mala situación socioeconómica durante su infancia y desarrollo, lo cual trae aparejada una serie de discriminaciones a nivel social e, incluso, estatal<sup>151</sup>.

La separación de las familias puede producirse por distintas causas y en distintas formas. Así, puede darse que el niño haya emigrado sin su familia, que la familia haya emigrado sin el niño o que, habiendo emigrado juntos, los padres sean objetos de sanciones tales como la deportación o expulsión en el proceso de ingreso al país o una vez adentro, dejando solo al niño en el país de destino. Este último supuesto se ha vuelto cada vez más común, dado el fortalecimiento de la tendencia globalizada a la implementación de políticas de control migratorio restrictivas, sea mediante la positivización de éstas en los ordenamientos nacionales, sea destinando mayores recursos económicos a la puesta en práctica de dichas políticas. A este respecto, cabe tener presente que es complejo afirmar que las políticas en cuestión resulten eficaces, por cuanto no es posible establecer estadísticas concretas relativas a los flujos migratorios ilegales. Sin embargo, las causas de migración, si bien han variado, no han disminuido, resultando improbable que este ataque a las inmigraciones logre erradicarlas, ya que estas normativas se verían superadas por la realidad que aqueja a gran parte de la población mundial, superando la necesidad al derecho<sup>152</sup>.

Ahora bien, más allá de las consecuencias negativas que presenta la separación de las familias para los NNA, esta constituye una seria vulneración al principio de unidad familiar. A este respecto parece menester destacar que existe consenso respecto a que la familia, como unidad fundamental de la sociedad, tiene derecho a ser respetada y protegida, lo cual se expresa en la consagración de dicha protección en variados instrumentos internacionales<sup>153-154</sup>.

---

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes*, disponible en <https://www.unicef.org/lac/Discriminacion.pdf> [Recuperado el 17 de diciembre de 2016], p. 17.

<sup>152</sup> De este modo, la OIM afirma que el número de migrantes en situación irregular no ha disminuido, al señalar que la programación restrictiva promueve, por una parte, un desarrollo inconsistente, al limitar la capacidad de regulación efectiva de los flujos migratorios y, por otra, el contrabando y la trata de inmigrantes, lo que viene a favorecer el crimen organizado y su capacidad para burlar los sistemas establecidos por los distintos gobiernos. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Migración Irregular*, disponible en [http://www.crmsv.org/documentos/iom\\_emm\\_es/v3/v3s12\\_cm.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v3/v3s12_cm.pdf) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 9.

<sup>153</sup> JASTRAM, Kate; NEWLAND Kathleen, *La unidad familiar y la protección de los refugiados*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50acc6962>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 13.

<sup>154</sup> Según ha señalado el Comité de Derechos Humanos, a propósito del artículo 23.1 del PIDCP –más allá de la dificultad que presenta definir el concepto de familia, dado que varía según el tiempo y lugar– la familia es un “grupo” y el derecho a fundar una familia comprende el vivir juntos que “*implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros*”

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ante la solicitud de Opinión Consultiva del 7 de julio de 2011 presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en orden a precisar las obligaciones estatales relativas a las medidas susceptibles de ser adoptadas respecto de los NNA en relación con su condición migratoria a la luz de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la CADH, los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la DADDH y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, señaló, en el párrafo 96 de su pronunciamiento, que cualquier decisión respecto a la separación de los NNA de su familia ha de justificarse en el interés del niño, debiendo ser excepcionales y, en medida de lo posible, temporales. Luego, continuando esta idea, señala en el párrafo siguiente que, la CDN prevé, como parte del régimen de protección integral, la obligación de prevenir la separación familiar y preservar su unidad, ejemplificando situaciones en que la separación aparecería como necesaria en pro del interés superior del niño<sup>155</sup>. En este sentido el artículo 9.1 de la CDN prescribe que “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*”.

En el mismo pronunciamiento, la CIDH entiende que son poco probables las situaciones en que una expulsión de uno o ambos padres sería considerada beneficiosa atendiendo el interés superior del niño o niña, por lo cual señala que el Estado está obligado a realizar una adecuada y estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, debiendo determinar en cada caso concreto que dicha expulsión no implique una injerencia abusiva en la vida familiar del niño<sup>156-157</sup>.

El derecho a la unidad familiar debe serle reconocido a todos los migrantes por igual, se consideren regulares o no. Podemos afirmar lo anterior dado el reconocimiento de la protección de la familia a la persona como tal, sin establecer condiciones o distinciones para

---

*depende de razones de orden de tipo político, económico o similares*”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General N° 19, Comentarios GENERALES adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 – La familia, 39° período de sesiones, U.N Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990)*, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html> [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 5.

<sup>155</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758.pdf?view=1>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], par. 96 y 97.

<sup>156</sup> Esto, por lo demás, es una obligación que consagra la CDN en su artículo 16.1. al disponer que “*Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación*”.

<sup>157</sup> Así, en el párrafo 100 de la Opinión Consultiva señala que dentro de las circunstancias particulares que han de ser evaluadas a la luz del interés superior del niño destacan: (1) la historia migratoria, el tiempo de estadía y la extensión de los lazos del progenitor y su familia en el país receptor; (2) la nacionalidad, residencia y guarda de los hijos de la persona que pretende expulsar; (3) el alcance de la afectación que puede generar la ruptura familiar producto de la expulsión, incluyendo quienes viven con el niño y el tiempo que este ha permanecido en aquella unidad familiar; (4) la magnitud de la perturbación en la vida de los NNA de cambiar su situación familiar por la medida en cuestión. CIDH, *OC-21/14*, cit. (n. 155), p. 100.

gozar de aquel derecho. En tal sentido lo consagra el artículo 16.3 de la DUDH, el artículo 5 de la DADDH y el artículo 17.1 de la CADH, entre otros instrumentos internacionales. Lo anterior es especialmente relevante, por cuanto, el artículo 44 CIPDTMYF, si bien consagra el principio de unidad familiar para los trabajadores migratorios, exigiendo al Estado la adopción de medidas adecuadas para su protección, este derecho se encuentra expresamente previsto en la Parte IV de la Convención referente a “*Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular*”<sup>158</sup>. Así, en definitiva, la protección de la unidad familiar no acabaría ni aún cuando existiere un estatuto internacional aplicable a los inmigrantes en general – porque la CIPDTMYF regula en particular a los trabajadores migratorios-, sino que es reconocida en variados instrumentos internacionales cuyo enfoque en particular puede incluso no ser la migración, pero por consagrar derechos humanos estos les son reconocidos a todas las personas sin distinción alguna, por el solo hecho de ser tal<sup>159</sup>.

Lo anterior también resulta aplicable cuando se trata de refugiados, por cuanto, una vez más es menester destacar que, pese a que tengan un estatuto especial consagrado en la Convención de 1951, que no prevé el principio en comento, siguen siendo personas y han de reconocérsele los mismos derechos que el ordenamiento jurídico internacional nos reconoce a todos. Así, el artículo 5° del Estatuto señala que sus disposiciones no pueden interpretarse en menoscabo de otros derechos y beneficios otorgados por los Estados Contratantes, aunque no se encuentren consagrados en este<sup>160</sup>.

Por otro lado, si bien los Estados tienen la obligación de evitar que los NNA sean separados de sus progenitores y –en general– de su familia, en ciertos casos la separación se presenta como inevitable<sup>161</sup>, ante lo cual la reunificación familiar se alza como la vía a seguir para restablecer el respeto a la unidad familiar<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> El artículo 7 de la CIPDTMYF al consagrar la no discriminación en el reconocimiento de los derechos, establece causales de discriminación que no serán admitidas, terminando con “*o cualquier otra condición*”, lo cual sería comprensivo de la condición irregular del trabajador migrante

<sup>159</sup> Entre varios instrumentos que consagran la unidad familiar encontramos la CADH cuyo artículo 17 sobre protección familiar se plantea en términos muy similares al artículo 23 del PIDCP.

<sup>160</sup> Es más, el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (AFCPNUERA) deja constancia que la Conferencia considera la unidad familiar como elemento natural y fundamental de la sociedad, siendo un derecho esencial del refugiado, y recomienda a los Gobiernos adoptar las medidas necesarias para la protección de la familia, en especial para asegurar la unidad de la familia del refugiado y la protección de refugiados menores de edad. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac926d2> [Recuperado el 20 de diciembre de 2016].

<sup>161</sup> No siempre la separación será producto del control migratorio del Estado receptor, sino que la guerra y las persecuciones también pueden dar origen a la separación, antes siquiera de emigrar.

<sup>162</sup> En este orden de ideas el Comité Ejecutivo del ACNUR en su resolución 53/143 del 8 de marzo de 1999 sobre el Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias, señaló en su párrafo segundo que “*todos los gobiernos, y en particular los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reunificación de las familias y promover su incorporación en la legislación nacional a fin de que se proteja la unidad de las familias de los migrantes documentados*”, ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 53/143. Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias*, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0688> [Recuperado el 20 de diciembre de 2016], p.2.

En este sentido, el artículo 10 de la CDN establece que, en relación a lo dispuesto respecto a la no separación en el artículo 9, “*la solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares*”. Es decir, se establece una forma en que debe actuar el Estado, en pro de la familia, no bastando con que evite perjudicarla mediante la separación, sino que además debe adoptar medidas para facilitar la reunificación de las familias ya separadas<sup>163</sup>.

Esta obligación en orden a promover la reunificación se aprecia también en la CIPDTMYF en su artículo 44.2. Si bien no hay norma que lo consagre respecto de la condición de refugiado, debe entenderse que dicha condición también lo comprende, por cuanto la calidad de niño sería tangencial a cualquier condición, sea la de migrante regular o irregular, la de refugiado o la de asilado<sup>164</sup>.

En lo que respecta al refugio, puede ocurrir que no le sea concedida la condición de refugiado a toda la familia, ya que la determinación de la concesión de la condición de refugiado es individual y analizada en concreto. A este respecto, el artículo 22 de la CDN resulta relevante, por cuanto, por un lado, establece que los Estados deberán adoptar las medidas adecuadas para lograr que los NNA que intenten obtener el estatuto de refugiado, esté o no acompañado por sus padres u otra persona, disfruten los derechos consagrados en la Convención y otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que el Estado sea parte. Luego, por otro lado, en el punto 2 señala que, para dichos efectos, los Estados cooperarán con la ONU y otras organizaciones intergubernamentales competentes o no gubernamentales que cooperen con la ONU para “*proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o*

---

<sup>163</sup> En la Resolución 69/187 del 11 de febrero de 2015, sobre niños y adolescentes migrantes, la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados de origen, tránsito y destino a facilitar la reunificación familiar, con el objeto de promover el bien y el interés superior de los NNA migrantes, y a cumplir las obligaciones de notificación y acceso consulares de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de modo que los Estados proporcionen asistencia consular respetuosa a los y asistencia letrada, como es el caso del artículo 36.1 letra b). ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 69/187. Los niños y adolescentes migrantes*, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2015/9937>, [Recuperado el 20 de diciembre de 2016] p. 3.

<sup>164</sup> Además, en lo relativo al refugio, aunque no haya consagración expresa en el Estatuto de 1951, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión n° 84 de 1997 sobre los niños y adolescentes refugiados, insta a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para proteger a los NNA, en particular “*impidiendo la separación de su familia de los niños y adolescentes refugiados y promoviendo el cuidado, la protección, la búsqueda y la reunión de la familia en el caso de los menores no acompañados*”. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *N°84 (XLVIII) Conclusión sobre los niños y adolescentes refugiados*, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0595>, [Recuperado el 20 de diciembre de 2016] p. 2.

*temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención”.*

En atención a lo expuesto, es que lo ideal sería que al momento de conceder la condición de refugiado se tuviera presente el principio de unidad familiar y su posible afectación como parte de la consideración de la situación concreta en la que se encuentra el niño y sus familiares, debiendo entonces, por un lado, cumplirse los requisitos que la Convención y la ley interna de cada nación prevé para conceder la condición de refugiado y, por otro, evaluar los posibles perjuicios que puede traer aparejado para la familia, y el niño en particular, la separación. Así, Jastram y Newland, postulan como medida pro unidad familiar, la consagración de la condición de refugiado derivada que implica que los familiares acompañantes de quien adquiere la condición de refugiado también adquieran dicha condición o, en su defecto, de un estatuto alternativo que presente una protección semejante<sup>165</sup>.

Ahora bien, lo anterior también resultaría relevante frente a las causales de exclusión que establece el artículo 1.F de la Convención de 1951<sup>166</sup>, respecto de las cuales Jastram y Newland postulan que, si la solicitud de un integrante de la familia satisface la definición de refugiado, pero es excluible, las solicitudes de los demás miembros de la familia deben ser analizadas a la luz de las razones que dan lugar a la solicitud de cada uno y el riesgo que implica estar emparentado con quien participó en los delitos que constituyen causal de exclusión, con el objeto de evitar una exclusión derivada. En este último supuesto el principio de unidad familiar no sería suficiente para contrarrestar la exclusión, entrando en conflicto con las causales que le dan procedencia, pero serviría como justificación para dar una interpretación restrictiva a las causales en comento<sup>167</sup>, con el objeto de limitar el número de casos de separación familiar<sup>168</sup>.

Ahora ¿qué sucede con el niño cuando ocurre la separación y la reunificación no es posible? ¿Qué pasa cuando el país receptor estima que el interés superior del niño indica que lo mejor es que sea separado de su familia? Más allá del destino que puedan sufrir sus progenitores o parientes, lo que nos importa es determinar el destino del niño. Ante tales supuestos, el artículo 20.1 de la CDN prescribe que “[l]os niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, estableciendo en los numerales posteriores la obligación de los Estados Partes a garantizar otros tipos de cuidado para esos niños, como: la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. En este orden

---

<sup>165</sup> JASTRAM; NEWLAND, cit. (n.153), p. 633.

<sup>166</sup> El artículo 1.F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados señala que: “*Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:*

- a) *Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto e tales delitos.*
- b) *Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;*
- c) *Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades ya los principios de Naciones Unidas”.*

<sup>167</sup> JASTRAM; NEWLAND, cit. (n.153), p. 636.

<sup>168</sup> *Vid infra*, Capítulo III, II.1.

de ideas, Naciones Unidas se ha pronunciado al respecto, señalando que por ser la familia núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento, bienestar y protección de los niños, los esfuerzos estatales debiesen estar encaminados a lograr que el niño permanezca o vuelva con sus padres u otros familiares cercanos, por cuanto ellos debiesen vivir en un entorno que los haga sentir apoyados y protegidos. Solo cuando la familia no puede proveer a sus NNA de los cuidados mínimos necesarios, el Estado se hará responsable de darle protección en pro de los derechos del niño, disponiendo de entidades públicas u organizaciones debidamente capacitadas para dichos efectos<sup>169</sup>.

#### b) *Apatridia*

En virtud del artículo 1.1 de la CEA<sup>170</sup>, se entiende por apátrida, “*toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación*”. Esta Convención se considera la codificación más completa de los derechos de los apátridas, consagrando importantes normas para su tratamiento<sup>171</sup>.

¿Cuál es la importancia de la nacionalidad? La nacionalidad se presenta como vínculo jurídico político que liga a una persona a cierto Estado, permitiendo al individuo adquirir y ejercer derechos y responsabilidades, constituyendo un prerequisite de ciertos derechos. Si bien se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, el derecho internacional tiene como labor la imposición de límites a la discrecionalidad de cada nación. Así, la nacionalidad se alza como un derecho de la persona humana –más allá de constituir una competencia del Estado– y, como tal, reclama protección<sup>172</sup>.

Varias son las causas que pueden dar origen a la condición de apátrida, particularmente en niños. De este modo, puede que un niño adquiera dicha condición como consecuencia de que sus padres lo sean, si es que ha nacido en el territorio de un Estado donde rige el *ius sanguinis* o cuando se trata de inmigrantes irregulares, por cuanto, de carecer o perder la nacionalidad de su país de origen, su situación irregular los imposibilita para adquirir la nacionalidad del Estado receptor, siendo lo normal es que se exija un mínimo de estadía legal dentro del país para concederla<sup>173</sup>.

Otro supuesto, es aquel en que el NNA separado o no acompañado –sea o no refugiado–, carece de registro de nacimiento, lo cual puede ser producto de las condiciones en que debió

---

<sup>169</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Resolución A/RES/64/142, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, disponible en <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf> [Recuperado el 19 de diciembre de 2017], p. 3.

<sup>170</sup> La Convención sobre el estatuto de los Apátridas fue adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954, entrando en vigencia 6 de junio de 1960, contando actualmente con 83 Estados Partes.

<sup>171</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Convención sobre el estatuto de los Apátridas*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9610.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

<sup>172</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 4/84. Propuesta de Modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc), p. 33.

<sup>173</sup> VAN WAAS, Laura, *Nationality Matters. Statelessness under International Law*, en Oxford Journal (2008), p. 165.

dejar su país de origen –como en caso de guerra–, lo que vuelve imposible identificar a sus padres o su nacionalidad<sup>174</sup>. Estos casos no son pocos, y pese a que los Estados se encuentren suscritos al Estatuto de los Refugiados y este prescriba en su artículo 34 que “[l]os Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites”.

Ahora bien, la falta de registro de los NNA, también puede deberse a que en muchos casos son hijos de padres que se encuentran en una situación de migración irregular y no quieren exponerse a la posibilidad de que les sea exigida su documentación para tales efectos, lo que constituye una exigencia en diversas legislaciones cuando un extranjero se dispone a inscribir a su hijo<sup>175</sup>. En dichos casos, cuando no logran acreditar que se encuentran legalmente dentro del país de tránsito o destino, el funcionario público a cargo se ve en la obligación de dar aviso a instancias superiores y no dar cabida a la inscripción que se trata de realizar. Cuando el Estado niega a los hijos de padres migrantes en situación de migración irregular esta inscripción, está negándole al niño o niña en cuestión, su derecho a una nacionalidad. Si lo anterior se suma que el niño no tiene la nacionalidad del país de origen - sino que se trata de un país en el que tenía su residencia habitual- o que el Estado de origen también niega el reconocimiento de la nacionalidad, entonces nos encontraremos frente a una persona apátrida<sup>176</sup>.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, donde la CIDH se pronuncia respecto de la denuncia de la Comisión cuyo objeto era la declaración de la responsabilidad internacional de República Dominicana por la violación de los artículos 3, 8, 19, 20, 24 y 25 CADH y de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, en perjuicio de las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi. Lo anterior, tendría como fundamento que el Estado, mediante sus autoridades del Registro Civil, habría negado la inscripción tardía de Yean y Bosico, pese a haber nacido en su territorio y que la Constitución de la República Dominicana consagra el principio de *ius solis*, lo que hizo que las niñas se mantuvieran como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001 –lo que habría imposibilitado la asistencia de la niña Bósico a la escuela–. En el presente caso, la CIDH señala que existe una vulneración al artículo 20 de la CADH –referente a la nacionalidad– por cuanto, –entre otras cuestiones– se contradice el principio de *ius solis* consagrado en la norma fundamental dominicana, estimando que el Estado de República Dominicana habría hecho primar la nacionalidad haitiana y el estatus legal de “extranjero en tránsito” de los padres de las niñas por sobre aquel principio; por otro lado, las exigencias estatales para la procedencia a la declaración tardía de nacimiento viola la CADH por constituir obstáculos que impiden el goce del derecho a la nacionalidad a todos los niños dominicanos con ascendencia haitiana<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Aquí estoy, aquí pertenezco*, disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/563783634.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 8.

<sup>175</sup> *Vid infra*, Capítulo III, II.2.

<sup>176</sup> UNICEF, *La Travesía*, cit. (n. 128), p. 26 y 27.

<sup>177</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005*, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf) [Recuperado el 25 de diciembre de 2006], par. 2, 111 y 112.

Ahora bien, el caso expuesto cobra relevancia –también–, por cuanto la CIDH señala expresamente “(...) *la situación de vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica, no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas para garantizarlos (obligación positiva)*”. La importancia de lo anterior radica en que el derecho a nacionalidad trascendería las convenciones redactadas sobre la apatridia –la CEA, cuyo artículo 32 consagra obligación de los Estados Contratantes de facilitar la naturalización de los apátridas, lo cual viene a ser complementado con el artículo 1.1 la Convención para Reducir los Casos de Apatridia que señala que todo Estado Contratante deberá conceder, de pleno derecho o mediante solicitud, su nacionalidad al nacido en su territorio que de otro modo sería apátrida– que, desgraciadamente, cuentan con muy poca aprobación– lo que ha llevado al ACNUR a encargarse del desarrollo de este asunto, pese a que desde siempre su principal preocupación hayan sido los refugiados<sup>178</sup>, procurando brindar asesoramiento técnico y legal para ayudar a evitar situaciones de apatridia–.

En todo caso, la CADH no es el único instrumento internacional que reconoce el derecho a la nacionalidad –además de los ya citados–, sino que también lo reconocerían otros. Así, las situaciones expuestas en los párrafos precedentes vendrían a vulnerar el derecho de toda persona a tener una nacionalidad, reconocido por el artículo 15 de la DUDH; el artículo 7.1 de la CDN, que reconoce el derecho del niño a una nacionalidad y a la correspondiente inscripción de nacimiento, prescribiendo “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace (...) a adquirir una nacionalidad...*” y el artículo 29 de CIPDTMYF que señala “*Todos los hijos de trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad*”, disposición aplicable a migrantes regulares e irregulares, dada su ubicación en el tratado.

De este modo, más allá de las posibles hipótesis que se encuentren tras la apatridia de un niño o adolescente, cabe ratificar una vez más que, el hecho de que una persona o sus padres posean un estatus migratorio irregular, no exime en ningún caso al Estado de su deber de proporcionar una protección mínima a las personas dentro de su territorio, por cuanto no pueden condicionarse los derechos humanos a cuestiones de residencia. A partir de ello, estaríamos de acuerdo con la UNICEF al plantear que la calidad de migrante conlleva una estigmatización social, que se agrava frente a migraciones irregulares, haciéndose primar el estatus de infractor por sobre los derechos de los niños<sup>179</sup>. Lo anterior tendría por base la creación de la situación de irregularidad por parte de los Estados al discriminar entre

---

<sup>178</sup> THE EQUAL RIGHT TRUST, *Unravelling Anomaly. Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, disponible en <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/UNRAVELLING%20ANOMALY%20small%20file.pdf> [Recuperado el 23 de diciembre de 2016], pp. 47 - 49

<sup>179</sup> UNICEF, *Discriminación*, cit. (n.151) p. 42.

inmigrantes según su “idoneidad” para permitir su ingreso al país, haciendo primar aquellos criterios por sobre los derechos mínimos que se han obligado a respetar<sup>180</sup>.

Por otro lado, en el mismo caso, la CIDH también señaló que revisten de especial gravedad los casos en que las vulneraciones de derechos humanos tienen por víctima a niños. El interés superior del niño debe entenderse como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los NNA, lo que obliga al Estado y adquiere relevancia de cara a la interpretación de los derechos humanos cuando a ellos se refiere<sup>181</sup>. Lo anterior, viene a reafirmar lo que se ha señalado una y otra vez en la presente investigación, la condición de niño no puede supeditarse a otras condiciones que puedan poner a los NNA en una situación aun más vulnerable de la que se encuentra o que implica una violación directa de sus derechos.

Las citadas disposiciones deben respetarse y aplicarse teniendo siempre a la vista el interés superior de niño y el principio de no discriminación<sup>182</sup>. Así, y considerando los perjuicios que trae aparejada la condición de apátrida –presentándose como una obstrucción al acceso a la educación, a la salud y, por consiguiente, al desarrollo integral de niño–, los Estados no debiesen permitir que la falta de nacionalidad se prolongara en ningún caso, previendo en la regulación interna soluciones a estos supuestos, en lugar de fomentarlos. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha recalcado la importancia del registro de nacimiento para asegurar los derechos de los NNA y el acceso a los servicios básicos, debiendo los estados reforzar las medidas para asegurar el registro de nacimiento, eliminando barreras legales y prácticas para los niños migrantes y, en situaciones que de otro modo el niño sería apátrida, otorgar la ciudadanía a aquellos nacidos en su territorio<sup>183</sup>.

### c) Trata de niños migrantes

Para efectos del presente acápite se entiende por trata de personas, recurriendo al artículo 3° del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niño –Protocolo de Palermo–<sup>184</sup>, “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras*

<sup>180</sup> Así, el Comité de derechos del Niño ha señalado que “(...) el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicable a todos los menores – sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de migración”. COMITÉ DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°6*, cit. (n.131) p. 7

<sup>181</sup> CIDH, *Caso de Niñas*, par. 134.

<sup>182</sup> Ver artículo 2 y 7 respectivamente.

<sup>183</sup> COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Report of the 2012 day of general discussion. The rights of all children in the context of international migration*, disponible en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC\\_DGD-Childrens\\_Rights\\_InternationalMigration.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC_DGD-Childrens_Rights_InternationalMigration.pdf) [Recuperado el 23 de diciembre de 2016], pp. 9 y 18.

<sup>184</sup> En virtud del artículo 3° del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire se entiende por tráfico ilícito de migrantes “*la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero*”.

*formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*”. Este concepto suele ser confundido con el término de “tráfico de migrantes” o “contrabando de inmigrantes”, sin embargo, existen sustanciales diferencias entre ambos conceptos que guardan relación con las características de uno y otro:

- En lo que respecta al consentimiento, en el tráfico ilícito de migrantes, éstos suelen consentir en aquél; en la trata de migrantes, la víctima nunca consintió o, si consintió inicialmente, este perdió su valor por la coacción, engaño o abuso de los traficantes.
- El tráfico ilícito de migrantes termina con la llegada del migrante a su destino; la trata de migrantes implica una explotación de la víctima, que trasciende el simple traspaso de la frontera, siendo sometidas a distintos tipos de abusos.
- El tráfico ilícito siempre es transnacional; la trata de migrantes no necesariamente implica un traspaso de las fronteras<sup>185</sup>.

Según la UNICEF un niño o niña víctima de la trata “*es cualquier persona menor de 18 años reclutada, transportada, transferida, acogida o recibida para fines de explotación, sea dentro o fuera de un determinado país*”<sup>186</sup>. Ahora bien, no es menor que sea un niño la víctima de la trata de migrantes, sino que ello resulta relevante de cara a los elementos que se exigen demostrar para la constitución de este tipo: acción (“*la captación, el transporte, el traslado...*”, medios (“*la amenaza u el uso de la fuerza u otras formas...*”) y fin (“*explotación*”). Cuando se trata de menores de 18 años el Protocolo en comento no exige la existencia de un medio, sino que bastaría con demostrar la acción y el fin<sup>187</sup>.

En este acápite se atenderán a dos tipos de explotación infantil como consecuencia de la trata de niños. Por un lado, la explotación laboral y por otro la explotación sexual, entre las cuales encontramos como característica común que las víctimas son usadas como mercancía y pasan convertirse “*en ‘propiedad’ de los tratantes, por lo que no hay un mínimo respeto por los derechos humanos y la dignidad de las víctimas*”<sup>188</sup>.

En lo que respecta a la explotación laboral infantil, resulta complejo imaginar alguna justificación, por cuanto sería dudoso y cuestionable afirmar que un infante se exponga a condiciones laborales repudiables y sueldos deplorables por el placer de trabajar o por aspirar a la obtención de riquezas. Entonces, ¿por qué un niño optaría por trabajar? Los niños y adolescentes se ven obligados a introducirse en el mundo laboral debido a las necesidades

---

<sup>185</sup> OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Trata de personas*, disponible en [http://www.unodc.org/pdf/HT\\_GPATleaflet07\\_es.pdf](http://www.unodc.org/pdf/HT_GPATleaflet07_es.pdf) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 4.

<sup>186</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos y la trata de persona*, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf) , [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p.3.

<sup>187</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN’S EMERGENCY FUND, *Eliminar el trabajo infantil afirmando los derechos del niño*, disponible en [https://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub\\_beyond\\_sp.pdf](https://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub_beyond_sp.pdf) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

<sup>188</sup> ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. HCR/GIP/06/08*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=487e105b2> [Recuperado el 24 de diciembre de 2016], p. 2.

que enfrentan y la falta de alternativas, incluso, en algunos casos, son obligados a ello por quien se encuentra a su cargo o quien ha posibilitado su traspaso irregular por las fronteras de algún Estado<sup>189</sup>. Lo anterior encontraría su razón de ser, entre otras, la maximización en la producción de mercancías y la acumulación de capital a costa de mano de obra barata sometida a precarias condiciones de trabajo y la privatización de servicios sociales, convirtiéndose los niños en herramientas fácilmente disponibles y reemplazables<sup>190</sup>.

Ahora, se entiende por trabajo infantil -fuera de los límites de lo aceptable- un trabajo que: resulte mental, física, social o moralmente peligroso y perjudicial para el niño u obstruya la educación del niño, interfiriendo en la oportunidad para asistir a la escuela, obligándolo a dejar prematuramente sus estudios o a combinar los estudios con trabajo con largas y pesadas jornadas laborales<sup>191</sup>.

UNICEF estima que alrededor de 150.000.000 niños y niñas, entre 5 y 14 años, están involucrados en el trabajo infantil, mientras que la OIT estima que 215.000.000, menores de 18 años, trabajan a tiempo completo, lo cual perjudicaría el desarrollo físico, mental y moral de los NNA, interfiriendo en su educación<sup>192</sup>.

A este respecto cabe señalar que, en virtud del artículo 1 Convenio N°138 de la OIT<sup>193</sup> (en adelante C138) “*Todo miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores*”. En otras palabras, prohíbe expresamente el trabajo infantil, por cuanto pone en peligro su desarrollo, al destinar el tiempo que debiese dedicar a la recreación y al estudio, al trabajo.

Cabe tener presente que, la explotación infantil, además de vulnerar el citado Convenio, vulnera la CDN, por cuanto su artículo 32 reconoce el derecho del niño a ser protegido de la explotación económica y del desempeño de cualquier trabajo que pueda considerarse peligroso o que pueda entorpecer su educación, sea nocivo para su salud o desarrollo físico, espiritual, moral, social o mental<sup>194</sup>. A este respecto se consagra el deber de los Estados de adoptar las medidas para garantizar lo anterior, entre ellas, fijar edad mínima

---

<sup>189</sup> FUNDACIÓN INTERVIDA, *Vidas explotadas*, disponible en <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/elyt/4.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016], p. 25 – 31.

<sup>190</sup> RAMIREZ, Laura; ZAPATA, Emma; VÁSQUEZ, Verónica; NAZAR, Dominga; CÁRCAMO, Naima, *Migración transfronteriza y trabajo infantil en el Soconusco, Chiapas*, en *Revista Migración y desarrollo* 12 (2014), p. 41.

<sup>191</sup> INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Eliminating the works forms of child labour*, disponible en [http://www.ipu.org/PDF/publications/childlabour\\_en.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/childlabour_en.pdf) [Recuperado el 24 de diciembre de 2016], p. 15 – 16.

<sup>192</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN’S EMERGENCY FUND, *Trabajo Infantil*, disponible en [https://www.unicef.org/spanish/protection/57929\\_child\\_labour.html](https://www.unicef.org/spanish/protection/57929_child_labour.html) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

<sup>193</sup> Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado en Ginebra el 26 de junio de 1973, en la 58ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, entrando en vigencia el 19 de junio de 1976.

<sup>194</sup> Comité de Derechos del Niño señaló, en relación con esto, que “*Los Estados Partes deben tomar medidas enérgicas para proteger a los niños de la explotación sexual y económica, de la trata y la venta de personas y, de conformidad con los derechos que consagra el artículo 39, crear oportunidades para que los niños que han sido objeto de semejantes tratos, a fin de que aprovechen el apoyo y los servicios de atención del Estado y de las entidades no gubernamentales que se ocupan de estas cuestiones*”. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°3: El VIH/SIDA y los derechos del niño*, disponible en <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, [Recuperado el 24 de diciembre de 2016], p. 36.

para trabajar. Sobre dicha exigencia, el C138 prescribe la obligación de los Estados partes de establecer una edad mínima que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores, la cual, según el artículo 2.3 no podrá ser menor a 15 años, sin perjuicio de ciertas excepciones expresamente consagradas en el Convenio. Lo anterior, en todo caso, viene a ser limitado por el artículo 3 que establece que la edad mínima será de 18 años si el trabajo por su naturaleza o condiciones pueda resultar peligroso para su salud, seguridad o moralidad, entre los cuales se considerarán como mínimo: el trabajo en minas y canteras; en industrias manufactureras; de construcción, servicios de electricidad, gas y agua; saneamiento; transportes, almacenamiento y comunicaciones, y plantaciones y explotaciones agrícolas con destino de comercio.

Lo anterior debe ser puesto en relación con el Convenio n° 182 de la OIT<sup>195</sup> (C182), por cuanto amplía los supuestos en que la edad mínima para acceder al ámbito laboral es de 18 años. Ello ocurre si el trabajo en cuestión se encuentra comprendido dentro de los supuestos previstos en su artículo 3, considerados como peores formas de trabajo infantil:

*“(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*

*(b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;*

*(c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y*

*(d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.*

Así, el trabajo infantil se encuentra prohibido a nivel internacional, consagrándose un mínimo etario que ha de ser respetado por los Estados y aumentado progresivamente en orden a eliminarlo por completo. Además, se establecen supuestos -mínimos- en que el trabajo en cuestión, por suponer una vulneración tal a los derechos del niño, bajo ninguna circunstancia podrá ser realizado por un menor de 18 años.

Por su parte, la trata de niños con el objetivo de explotarlos sexualmente, es un fenómeno que se ve incitado por diversos factores, principalmente por las desigualdades de oportunidades, que viene a presentarse como elemento propicio para el tráfico de seres humanos. Los niños, y en general las personas traficadas, son vendidas y revendidas, cual mercancía, de un explotador a otro. Así, se postula por distintas organizaciones internacionales que existe una falta de atención y respuestas, por distintas razones, entre las que destacan:

---

<sup>195</sup> Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado en Ginebra el 17 de junio de 1999, en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, entrando en vigencia el 19 de noviembre del año 2000.

- Las víctimas raramente denuncian a los traficantes, por cuanto lo común es que las personas traficadas se mantengan lejos de redes de apoyo, sin documentos de identificación y sometidos al poder que los traficantes ejercen sobre sus víctimas.
- Las víctimas del tráfico, generalmente, vienen de estratos socioeconómicos bajos, lo que desgraciadamente implica una menor injerencia por parte de sus familiares ante las autoridades estatales<sup>196</sup>.

Cuando nos enfrentamos a una trata de niños transfronteriza, los problemas que enfrentan se ven acrecentados por las dificultades que presenta un idioma y cultura desconocida, además de la carencia de apoyo y contactos. Además, en muchos casos son sus explotadores los que les proporcionan vivienda y alimento a las víctimas, determinando también, si recibirán o no servicios básicos, como la salud, exponiéndolos a una serie de enfermedades, cuya falta de tratamiento generalmente lleva a la muerte. A lo anterior, se suma que la mayoría de los servicios que se mencionan anteriormente, le son cobrados a las víctimas como una de las tantas prácticas –en muchos casos también se recurre a las drogas para doblegar su voluntad, junto con maltratos físicos para evitar que se revelen– para mantener el lazo de sujeción existente entre esta y el explotador<sup>197</sup>.

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha reconocido que los NNA no acompañados o separados de su familia que han salido de su país de origen, son particularmente vulnerables a la explotación y malos tratos. Así, señala que los artículos 34 a 36 de la CDN deben ser leídos a la luz de los deberes de protección que consagra artículo 20 de la misma<sup>198</sup>.

Ahora bien, siguiendo al ACNUR, ni la cuestión sobre la trata de personas ni las víctimas de ésta se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Convención de 1951 o de su Protocolo, pero el haber sido objeto de trata de personas o estar en riesgo de ser víctima de este delito, puede constituir temor fundado de persecución, cumpliendo con el principal requisito que consagra la Convención. De este modo, el ACNUR ha manifestado tener un doble interés en el tema de trata de personas: en primer lugar, existiría una responsabilidad de garantizar que los refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos, apátridas y otras personas que se encuentran bajo su competencia no lleguen a ser víctimas de la trata de personas; en segundo lugar, tendría la responsabilidad de garantizar a las víctimas de trata que temen enfrentar persecuciones al regresar a su país de origen o a las que temen ser víctimas de la trata, el reconocimiento de la condición de refugiado y que reciban la correspondiente protección internacional en los casos en que dicha condición sea concedida por verse satisfecha la definición del artículo 1.A de la Convención de 1951<sup>199</sup>.

En todo caso, para efectos lo anteriormente señalados, en lo relativo a los requisitos para que sea acogida la solicitud de refugio, en estos casos se consideran como equivalentes

---

<sup>196</sup> INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS; FACULTAD DE DERECHO DE DEPAUL UNIVERSITY; COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERE; INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Trafico de mujeres y niños. Conclusiones de la investigación y seguimiento*, disponible en <http://www.iin.oea.org/proder/explotación.sexual/conclusiones.trafico.pdf> [Recuperado el 24 de diciembre de 2016] p. 6

<sup>197</sup> *Ibid*, p. 7 - 8

<sup>198</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°6*, cit. (n. 115), par. 51

<sup>199</sup> ACNUR, *Directrices*, cit. (n. 188), p. 3.

a la persecución riesgos inherentes a la trata de personas, entre los que se encuentran la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los trabajos forzados, la privación de alimentos o tratamientos médicos, entre otros. Además, también podrá ser considerado como temor fundado a una persecución el temor a enfrentar el ostracismo, la discriminación o el castigo de la comunidad o las autoridades en caso de lograr regresar al país de origen, por cuanto el rechazo de las redes de apoyo podría aumentar el riesgo a ser nuevamente víctima de la trata u objeto de represalias. Por otro lado, en lo que respecta al persecutor, éste sería un ejemplo donde el agente no es estatal, sino un particular, por lo cual hay que atender si la persecución ha sido deliberadamente tolerada por las autoridades del Estado de origen o si éstas se niegan a proporcionar protección eficaz o son incapaces de hacerlo. De ahí, que se vuelve menester examinar si existe voluntad y capacidad por parte de las autoridades de proteger a la víctima del riesgo en cuestión<sup>200</sup>.

El problema del cumplimiento de los requisitos se daría principalmente respecto a la causa que origina la persecución, por cuanto la motivación de la trata probablemente se asociará a cuestiones más bien económicas, lo que no se incluye dentro del artículo 1.A. Sin embargo, puede existir un motivo que se vincule a la Convención, si se considera que se satisface el nexo causal cuando la incapacidad o falta de voluntad del Estado de brindar protección responde a uno de los motivos que esta consagra, por cuanto la trata de niños es mayor en países que enfrentan crisis políticas y conflictos armados que son aprovechados por el crimen organizado como oportunidad para delinquir, en especial la falta de garantía de seguridad para grupos específicos caracterizados por su particular vulnerabilidad. De este modo, la condición de vulnerabilidad de los niños podría hacer que ellos sean considerados como un determinado grupo social en ciertos casos<sup>201</sup>.

### CAPÍTULO III

#### LA PROTECCIÓN DEL NIÑO MIGRANTE Y REFUGIADO EN CHILE

##### I. Normativa chilena en materia migratoria y refugio.

###### 1. Migración en Chile

Como se ha venido señalando, los flujos migratorios se presentan como un fenómeno a nivel mundial, del cual Chile no se encuentra exento. En este sentido, el Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migración y Desarrollo –en adelante OBIMID– señala que la migración hacia Chile ha incrementado desde los 90'. Así, desde el año 2001 se aprecia un aumento de flujos migratorios que tienen por destino nuestro país cuyas motivaciones son más bien de índole laboral y, principalmente latinoamericana, debido a que Chile demostraría cierta estabilidad política y económica que otros países no estarían brindando a sus nacionales<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Ibid, p. 8 y 9.

<sup>201</sup> Ibid, p. 11.

<sup>202</sup> ROJAS, Nicolás; SILVA, Claudia, *La migración en Chile: breve reporte y caracterización*, disponible en [http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe\\_julio\\_agosto\\_2016.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf). [Recuperado 24 de diciembre de 2016], p.5.

Pese al incremento de las inmigraciones hacia nuestro país, la regulación básica en esa materia resulta ser muy antigua, siendo la normativa principal a este respecto el Decreto Ley n° 1.094 promulgado el 14 de julio de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile, (en adelante Ley de Extranjería—)y su respectivo Reglamento aprobado por el Decreto N°597 de 14 de junio de 1984 del Ministerio del Interior (en adelante, Reglamento de Extranjería).

Como se aprecia, la situación política en Chile al año de promulgación de la Ley de Extranjería influyó bastante en su contenido. Así, esta norma vino a remplazar la categoría de migrante que beneficiaba a los colonos europeos, por la categoría de extranjero<sup>203</sup>, el cual se visualizó como una figura amenazante<sup>204</sup>, tendiendo por ende al cierre de las fronteras y a obstaculizarles el ingreso al país y el movimiento dentro de éste. En otras palabras, esta ley se caracterizó por estar inspirada en el principio de seguridad nacional lo que se tradujo en la imposición de barreras para el ingreso de extranjeros al territorio nacional y al establecimiento de procedimientos altamente burocráticos para obtener la residencia temporal o definitiva<sup>205</sup>.

El problema surgió cuando la normativa migratoria chilena de carácter restrictivo se vio enfrentada al incremento de flujos migratorios cuyo país de destino era Chile, lo que propició el aumento de inmigrantes irregulares y un sinnúmero de consecuencias adversas para aquéllos.

La forma de comprender a los migrantes que consagra nuestra Ley de Extranjería, se ve enfrentada a los avances que existen en materia nacional e internacional de cara a la observancia de los derechos humanos. Ello, sirvió de fundamento para que, durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, se intentara avanzar en la promoción de los derechos de los migrantes, destacando a este respecto el Instructivo Presidencial sobre Política Migratoria del 02 de septiembre de 2008. En dicho instructivo se reconoce a Chile como país receptor de un gran número de inmigrantes y se basa en varios instrumentos internacionales vinculantes ratificados y vigentes en Chile, haciendo referencia expresa a la DUDH, al PIDESC, el PIDCP, la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la CDN y la CPDITMF, que han de ser aplicados a todas las personas sin distinción<sup>206</sup>. Sin embargo, lo anterior no se manifestó en la dictación de una nueva ley sobre extranjería, ni siquiera una reforma a la ley actual, sino que más bien apunta a problemas puntuales, sin abrir discusión política sobre la migración<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> Según Stefoni, esto podría interpretarse como un esfuerzo por alejarse de la definición tradicional de migrante que se asociaba a procesos de colonización y poblamiento en el sur de nuestro país, instalando un nuevo referente que viniese a reforzar la idea de peligro. STEFONI, Carolina, *Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante*, en FELDMAN-BIANCO, Bela; RIVERA, Liliana; STEFONI, Carolina; VILLA, María (a cura di), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina, Prácticas, representaciones y categorías*, disponible en <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/39537.pdf> [Recuperado el 27 de diciembre de 2016], p. 82.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>206</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Instructivo Presidencial N°009 de 02 de septiembre de 2008*, disponible en <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%209.pdf>, [Recuperado el 27 de diciembre de 2016], p. 3

<sup>207</sup> STEFONI, *Ley*, cit. (n.203), p. 106.

Luego de aquello, el 2013, bajo el gobierno de Sebastián Piñera, se ingresa un Proyecto de Ley a la Cámara de Diputados relativo a migración y extranjería. Dicho proyecto era de carácter más bien económico, teniendo por objeto aprovechar las ventajas de la migración, concentrándose en el impacto económico y en el orden público. Este Proyecto fue duramente criticado por la comunidad de emigrantes, por su concepción utilitarista de la persona migrante<sup>208</sup>. Lo anterior llevó a que, al asumir el cargo la actual Presidente Michelle Bachelet, se retirara la tramitación del proyecto por no coincidir con los lineamientos de su programa de gobierno<sup>209</sup>.

Ahora, cabe tener presente para efectos de lo que será expuesto más adelante, que se encuentra actualmente en nuestra Cámara de Diputados en tramitación un proyecto de ley cuyo objeto es reformar la actual Ley de Extranjería, sin embargo, su contenido será analizado más adelante a la luz de las temáticas que se abordarán en los acápite siguientes.

## 2. Refugiados en Chile

Nuestro país ratificó el Convenio de 1951 el 28 de enero de 1972 y su Protocolo el 27 de abril de 1972. Sin embargo, ello no implicó que Chile se constituyera como país receptor de refugiados en aquella época, al contrario, la tendencia fue la expulsión de nacionales y extranjeros. Lo anterior, se mantuvo hasta el retorno de la democracia, a partir de la cual aumenta la inmigración hacia Chile, que comprendería a varias personas en busca de protección dentro de nuestras fronteras<sup>210</sup>.

El 8 de abril de 2010 fue promulgada la Ley n° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Esta ley y su respectivo Reglamento –Decreto n° 837 de 17 de febrero de 2011 del Ministerio del Interior; Subsecretaría del Interior–, se caracteriza por adecuarse a los estándares internacionales en esta materia. En virtud de su artículo 1°, el ámbito de aplicación de esta ley son los solicitantes de la condición de refugiado y los refugiados desde que se encuentren en nuestro país. Esta ley recoge el concepto de refugiado contenido en el Estado de los Refugiados de 1951, pero integrando a este la definición amplia

---

<sup>208</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración de comunidad de migrantes ante coyuntura electoral para reflexionar y aportar propuestas al debate sobre legislación y política migratoria en Chile*, disponible en <http://www.indh.cl/declaracion-de-comunidades-de-migrantes-ante-coyuntura-electoral-para-reflexionar-y-aportar-propuestas-al-debate-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-chile> [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

<sup>209</sup> DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES, *Informe n° 33-15 del 01 de octubre de 2015, La Migración en Chile. Su carácter intrarregional y la legislación nacional*, disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi0mdbX-JTRAhVKhpAKHUPRABoQFggbMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F22270%2F1%2F97270> Informe-Migracion-PARLATINO-October-2015.pdf&usq=AFQjCNGIhcnrfVimRpas66MMurqlaOqSvg&sig2=UMG9mWmAX-doc817kraVg [Recuperado el 27 de diciembre de 2016], p. 11.

<sup>210</sup> OLEA, Helena, *Refugiado en Chile: análisis de la ley 20.430 y su reglamento*, disponible en [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/informes/2012/refugiados\\_ley.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2012/refugiados_ley.pdf) [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

de la Declaración de Cartagena<sup>211</sup> –no suscrita por nuestro país–, disponiendo en su artículo 2º<sup>212</sup>:

*“Concepto de Refugiado. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en algunas de las siguientes situaciones:*

*1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.*

*2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.*

*3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.*

*4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida”.*

Esta normativa viene a consagrar una serie de principios y derechos. Ahora, cabe destacar que, conforme al derecho internacional –y en virtud del artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental<sup>213</sup>– aunque la ley los enuncie como principio, son exigibles<sup>214</sup>. Así, entre estos destacan:

- Principio de no devolución, que implica que el solicitante de refugio y quien acceda a la condición de refugiado, no será enviado al lugar donde su vida, libertad

---

<sup>211</sup> La Declaración de Cartagena recomienda agregar a la definición contenida en la Convención de 1951 y en su Protocolo respectivo: “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

<sup>212</sup> GONZÁLEZ, Juan, *Diagnóstico de la Ley que establece disposiciones sobre protección de refugiados y su aplicación*, disponible en <http://www.fasic.org/1librorefugio.pdf> [Recuperado el 27 de diciembre de 2016], p. 14.

<sup>213</sup> Artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>214</sup> GONZÁLEZ, cit. (n. 212), p. 18.

o seguridad esté en peligro. Esto incluye la prohibición de rechazo en la frontera<sup>215-216</sup>;

- No sanción por ingreso clandestino o residencia irregular<sup>217</sup>. Llama la atención la consagración de este principio, en virtud del cual -según el artículo 6 inciso primero de la Ley 20.430- “no se impondrán a los refugiados sanciones penales ni administrativas con motivo de su ingreso o residencia irregular, siempre que se presenten, dentro de los diez días siguientes a la infracción a la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile, ante las autoridades alegando una razón justificada”. Es decir, brinda la posibilidad a quienes hayan ingreso irregularmente al país o se mantengan en este en dicha condición, de acceder a la concesión de refugio, sin temer por consecuencias negativas ulteriores.
- Principio de confidencialidad<sup>218</sup>, que implica que los datos personales del refugiado y solicitante de refugio no podrán ser divulgados a otras personas ni autoridades del país de origen.
- Principio de no discriminación<sup>219</sup>;
- Principio de reunificación familiar<sup>220-221</sup>.
- Principios interpretativos, en particular, la consagración del principio de interpretación conforme, principio *pro hominis* y el principio de no menoscabo.
- Derecho a un procedimiento para la concesión de la condición de refugiado de carácter gratuito, no discriminatorio y dentro de un plazo razonable<sup>222</sup>;

---

<sup>215</sup> Artículo 4° inciso primero y segundo de la Ley N°20.430: “No Devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren. La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>216</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Cartilla Informativa. Derecho a Protección de Refugiados y Refugiadas*, disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/88/refugio.pdf?sequence=1>, [Recuperado el 04 de diciembre de 2016], p. 2.

<sup>217</sup>Ibid.

<sup>218</sup> Artículo 7° de la Ley N°20.430: “Confidencialidad. Todo solicitante de la condición de refugiado y refugiado tiene derecho a la protección de sus datos personales. El registro de la información, así como el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, en todas sus etapas deberá respetar la confidencialidad de cada uno de los aspectos de la solicitud, inclusive el mismo hecho de que la persona haya requerido protección como refugiado”:

<sup>219</sup> Artículo 8° de la Ley N°20.430: “No discriminación. Las disposiciones de esta ley se aplicarán a los solicitantes de la condición de refugiados y a los refugiados sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, religión o discapacidad, apariencia, opiniones políticas o por cualquier otra situación”:

<sup>220</sup> Artículo 9° inciso primero de la Ley N°20.430: “Reunificación familiar. 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 la tutela o curatela”.

<sup>221</sup> Esto será visto más adelante dada la relevancia para nuestro tema, pero básicamente consiste en la posibilidad del reconocimiento de condición de refugiado derivada

<sup>222</sup> INDH, *Cartilla*, cit. (n.216), p. 2

- Asistencia psicológica y social si la persona solicitante o refugiada hubiese sido víctima de violencia sexual o por motivos de género, que podrá ser solicitada en cualquier servicio público de salud<sup>223</sup>, y
- Derechos sociales y asistencia humanitaria, especialmente para el alojamiento, ayuda alimenticia, trabajo y su inclusión en el Fondo Nacional de Salud<sup>224</sup>.

Cabe mencionar –ya que en el Capítulo I los distinguimos– que el asilo y el refugio no se encuentran regulados en la misma ley, sino que el asilo se encuentra previsto en la Ley de Extranjería comentada anteriormente.

## II. Derechos del niño en materia migratoria y refugio

Dejado en claro el contexto en que se encuentra actualmente nuestro país en materia migratoria y de cara a la institución de refugio, teniendo, por un lado, una ley completamente anacrónica y, por otro, una ley en la que se aprecia un esfuerzo por cumplir los estándares internacionales, se hace menester analizar cómo nuestra legislación enfrenta los problemas anteriormente planteados<sup>225</sup> y el cumplimiento efectivo de los estándares internacionales en materia de protección de los derechos del niño.

Es menester destacar, a este respecto, que el Estado de Chile ratificó la CDN el 13 de agosto de 1990, siendo promulgada el 14 de agosto del mismo año como ley de la República mediante el Decreto Supremo n° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, entrando en vigencia<sup>226</sup>. Lo anterior debió implicar en nuestro país la adopción de la doctrina de protección integral, es decir, el reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, pero no fue sino hasta el 2004 – con la entrada en vigencia de la Ley de Tribunales de Familia- que se introdujeron ciertas modificaciones en nuestro ordenamiento teniendo presente esta nueva idea. Sin embargo, no es posible decir que en Chile se han concretizado los postulados de la doctrina de protección integral, sino que sería más preciso señalar que nuestro país ha enfrentado un proceso de avance preocupantemente lento en esta materia<sup>227</sup>. El Comité de Derechos del Niño – el 2015- ha expresado su preocupación por lo anterior, señalando “*la Ley de Menores de 1967 tiene un enfoque tutelar incompatible con un marco jurídico adecuado que reconozca y garantice los derechos de todos los niños. El Comité también expresa su preocupación por el hecho de que no hayan tenido éxito los intentos realizado en 2005 y 2012 para cambiar dicha Ley*”<sup>228</sup>.

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> *Vid supra*, Capítulo II, II.

<sup>226</sup> UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN’S EMERGENCY FUND, *Convención sobre los derechos del niño. Ratificada por Chile en 1990*, disponible en [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/convencion.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf), [Recuperado el 28 de diciembre de 2016], p. 29

<sup>227</sup> DE LA MAZA VENT, Camila; Riveros Calderón, María, *Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes*, en VIAL SOLAR, Tomás (a cura di), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014* (Santiago, 2014), p. 423.

<sup>228</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhssK3M5T%2fD PY15MHGhtMS6B4wdmjWcNApSrS0KSJLt8kAqr1bgXOwnr41neD%2fuDwW0RI3PTBRkrm35fBHjSJ9f XkedUD2SLV5BpX0BeDPgW2T>, [Recuperado el 28 de diciembre de 2016], par. 8.

Ahora bien, ¿qué ocurre de cara a la legislación migratoria? ¿Se reconocen los derechos del niño en esta materia? ¿Y en materia de refugiados?

Como señala Lahoz, la realidad –sea jurídica o social– del país receptor del NNA migrante determinará como éstos se verán afectados por procesos migratorios, pudiendo convertirlos en un grupo en riesgo. El Estado de Chile mediante la ratificación de la CDN se comprometió a respetar y garantizar los derechos de todos los NNA dentro de su jurisdicción, observando siempre el principio de no discriminación –consagrado en el artículo 2 de la Convención–, lo cual comprende no establecer distinciones en razón del estatuto del niño o adolescente, como refugiado, migrante o solicitante de asilo<sup>229</sup>.

Siguiendo el mismo orden que en el capítulo anterior, primero se tratará la desintegración familiar, luego la apatridia y, finalmente, la trata de niños migrantes.

### 1. Desintegración familiar

Según lo expuesto, debe serle garantizada la unidad familiar a todos los NNA y el derecho a reunificación familiar –artículo 5, 9 y 10 CDN–. Sin embargo, al leer nuestra normativa migratoria se extraña alguna disposición específica que reconozca este derecho, aunque se reconozca la posibilidad de que a los familiares –artículo 23 de la Ley de Extranjería<sup>230</sup>, en relación con el 35 del Reglamento de Extranjería<sup>231</sup>– les sea concedida la residencia siempre en calidad de dependiente del migrante al que se le otorgue la visación de residente sujeto a contrato. Lo anterior presenta una serie de problemas, entre ellos, el ámbito de aplicación específico que tiene, siendo disposiciones especialmente previstas para extranjeros que viajen al país para cumplir un contrato de trabajo o aquel que, estando en el territorio nacional, se radique en el país para cumplir un contrato de trabajo. Además, el artículo 35 del Reglamento de Extranjería limita los familiares del inmigrante en cuestión a su cónyuge, padres e hijos, excluyendo de este modo situaciones análogas al matrimonio y cualquier relación de hecho –así, por ejemplo, podría darse que no exista vínculo matrimonial entre los padres de un mismo hijo, lo que implicaría que el progenitor con contrato podría obtener la calidad de residente sujeto a contrato de trabajo y hacer dicha visación extensiva a su hijo, pero no al otro progenitor–, aun cuando el Instituto Nacional de Derechos Humanos

---

<sup>229</sup> LAHOZ, Sonia, *De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familiares*, en UNICEF (a cura di), *Los derechos*, cit. (n.133),p. 90.

<sup>230</sup> Artículo 23 de la Ley de Extranjería: “*Se otorgarán visaciones de residente sujeto a contrato a los extranjeros que viajen al país con el objeto de dar cumplimiento al contrato de trabajo.*

*La misma visación se podrá otorgar a los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y se radiquen en el país para dar cumplimiento a un contrato de trabajo.*

*Igual visación será otorgada a los miembros de sus familias que determine el reglamento.*

*La visación sujeta a contrato podrá tener una vigencia de hasta dos años y podrá ser prorrogada por períodos iguales. Si no se especifica plazo en el pasaporte, se entenderá que su vigencia es la máxima.*

*El residente sujeto a contrato podrá solicitar su permanencia definitiva al cumplir dos años de residencia”.*

<sup>231</sup> Artículo 35 del Reglamento de Extranjería: “*Se otorgará visación de residente sujeto a contrato o los extranjeros que viajan al país con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo. Asimismo, se podrá otorgar visación a los que se encuentren en el territorio nacional y que tengan el propósito de radicarse en el país con el mismo fin.*

*Igual clase de visación se otorgará al cónyuge, padre e hijos de ambos o de uno de ellos, siempre que vivan a expensas del titular de la visa. Estos beneficiarios en la condición de dependientes no están habilitados para realizar actividades remuneradas en el país”.*

(en adelante INDH) ha señalado que nuestro país, en ocasiones, ha comprendido dichas situaciones análogas dentro del supuesto previsto por la norma en comento. Pero, dicha estimación, “*está sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios que analizan cada caso*”<sup>232–233</sup>.

Como ya vimos, la unidad familiar evitar la separación las familias<sup>234</sup>. Frente a los supuestos de expulsión de los familiares de los NNA, la Ley de Extranjería consagra expresamente la posibilidad de interponer un recurso fundado ante la Corte Suprema contra el decreto supremo que establece la medida, dentro de un plazo de 24 horas, el cual suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, pero el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad –artículo 89–, previéndose para el caso en que no se recurra, la ejecución sin más trámite de la expulsión por la Dirección General de Investigación –artículo 90–<sup>235236</sup>. Un plazo así de breve, como el expuesto dificultaría la posibilidad de dejar sin efecto la medida de expulsión, a lo cual se suma la falta de disposición que consagre la debida asistencia jurídica para el migrante en orden a hacer efectivo el derecho a recurrir, y, además, la inexistencia de norma relativa a la consideración del interés superior del niño –por tratarse de un proceso que le afecta directamente–, propiciando todo lo anterior la efectiva ejecución de la medida de expulsión y la separación familiar.

A lo anterior se suma que, el artículo 79 de la Ley de Extranjería dispone que, frente a multas, la persona sancionada tendrá un plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la resolución administrativa que imponga la sanción, para interponer un recurso de reposición ante el Intendente Regional para su reconsideración, exigiendo el pago de 50% del importe de la multa. Es decir, se impone una exigencia de carácter pecuniario para efectos de reclamar de la sanción por vía administrativa, lo cual resulta grave si se tiene en consideración, en primer lugar, que no todos los inmigrantes tienen la situación socioeconómica como para hacerse cargo del pago de dicha multa solo para efectos de poder solicitar una reconsideración y, en segundo lugar, que, en virtud del artículo 80 de la misma ley, una vez firme la resolución respectiva, de no pagarse la multa en un plazo de 15 días, puede procederse a la expulsión.

Lo anteriormente expuesto vulneraría, en particular, el artículo 9 CDN<sup>237</sup>, ya que no se prevé –en ninguna disposición de la Ley de Extranjería–, que la autoridad tenga presente el

---

<sup>232</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe complementario a la presentación del Estado de Chile ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares*, disponible en <http://www.indh.cl/pdf/Informe%20Trabajadores%20Migratoriosweb.pdf> [Recuperado el 28 de diciembre de 2016], par. 18.

<sup>233</sup> LAHOZ, cit. (n.229), p 90 – 106

<sup>234</sup> *Vid supra*, Capítulo II, I.2.a).

<sup>235</sup> Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento del Comité, que señaló “*los trabajadores migratorios disponen de un plazo muy exiguo para interponer recursos de apelación contra la decisión de expulsión que les afecta*” Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención, aprobado en la sesión 180ª de 21 de septiembre de 2011*, disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Informe-Comité-de-Trabajadores-Migratorios-Chile-sept-2011.pdf>, [Recuperado el 28 de diciembre de 2016], par. 28.

<sup>236</sup> Espejo; Balart, cit. (n. 133), p. 28

<sup>237</sup> Artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño:

interés superior del niño. Es más, debiendo el Estado evitar la separación de las familias en contra de su voluntad, priva al migrante, objeto de la medida de expulsión, de su libertad mientras se resuelve su recurso, lo que ya constituye una separación.

Ahora, pese a lo anterior, cabe destacar la labor de la Corte Suprema a este respecto, que, en materia de acción de amparo por expulsión, ha controlado las facultades de la administración para proteger la familia y los derechos de los hijos chilenos de no ser separados de sus padres. Por ejemplo, en el caso “Loyola Perez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Policía de Investigaciones”, la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza, mediante la sentencia de 21 de diciembre de 2012, la acción de amparo interpuesta por don Nelson Cauco Pereira que recurre a favor don Luis Loyola Pérez –de nacionalidad peruana–, para que se deje sin efecto el Decreto de Expulsión n° 121 de 27 de enero de 2006, del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Por su parte, el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, evacúa informe solicitando el rechazo de este recurso, por cuanto se registra que se le habría otorgado al Sr. Loyola, visa temporaria por un año, la que habría vencido el 18 de octubre de 2003, lo que implica que el amparado se encontraría en situación irregular desde esa fecha. El Jefe de servicio agrega que el amparado fue condenado por el Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago por el delito de hurto, que se encontraría dentro de las conductas señaladas como causal de expulsión en la Ley de Extranjería.

El actor interpone recurso de apelación ante la sentencia que rechaza el recurso de amparo, siendo ésta revocada por la Corte Suprema el 9 de enero de 2013, señalando en el considerando sexto de su sentencia que, *“de ejecutarse la medida ciertamente se lesionaría el interés superior del menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado*

---

*“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

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

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

*4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otra familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.*

*dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de esta*<sup>238-239-240</sup>.

En este mismo punto, en lo que respecta a la normativa que rige a los refugiados, la Ley n° 20.430 consagra expresamente el principio de unidad familiar y el interés superior del niño como principios fundamentales de la protección del refugiado –artículo 3 de la ley, en relación con el artículo 5 del Reglamento n° 837–. Así, a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Extranjería y su Reglamento, el artículo 12 del Reglamento de la Ley n° 20.430, en lo que respecta al interés superior del niño, consagra la obligación de que este sea considerado en *“toda actuación relativa al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes”*.

Por otro lado, en lo que respecta al derecho a reunificación familiar –consagrado en el artículo 10 de la CDN y 44 CIPDTMYF–, éste debiera de alzarse como un criterio de suma relevancia al momento de considerar la autorización para la entrada o salida del país. Pero tampoco se dice nada en la normativa migratoria vigente al respecto, no apreciándose medidas positivas en orden a promover y garantizar la reunión de los NNA con sus familiares<sup>241-242</sup>. Lo cual se presenta también como diferencia respecto de la Ley n° 20.430, que consagra la concesión derivada del estatuto de refugiado, disponiendo en su artículo 9° inciso primero que *“Tendrá 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”*.

## 2. Apatridia

Para comenzar, es necesario señalar que Chile no ha ratificado ni la CEA ni la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, sin perjuicio de lo cual –como ya se señaló– la CDN consagra el derecho del niño a una nacionalidad y a la inscripción inmediata.

Al hablar de nacionalidad es menester tener presente las siguientes disposiciones:

En primer lugar, el artículo 10 de la Constitución Política de la República, que señala quienes son chilenos. Para efectos del presente trabajo nos interesan en particular los numerales 1° y 3° que disponen: *“[s]on chilenos:*

---

<sup>238</sup> CORTE SUPREMA, *Loyola Perez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Policía de Investigaciones*, 9 de enero de 2013, considerando 6°.

<sup>239</sup> En este mismo orden de ideas pueden citarse otros fallos donde la Corte Suprema reconoce la importancia de la unidad familiar, haciéndola primar por sobre la competencia de la Administración para determinar la expulsión, en este sentido ver, Corte Suprema, *Carlos Díaz Ramírez contra Departamento de Extranjería del Interior y Seguridad Pública*, 04 de febrero de 2013; Corte Suprema, *Schenell contra Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, 23 de enero de 2013.

<sup>240</sup> LAGOS, Víctor; ROJAS, Óscar; PFEIFFER, Alice, *Derecho de los Migrantes y Refugiados*, en VIAL SOLAR, Tomás, cit. (n.227), p. 358.

<sup>241</sup> A diferencia de lo que ocurre en otros países como España, que prevé procedimientos especiales para estos efectos. Así, el artículo 17 de la Ley de Extranjería de España dispone *“1. El Extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares...”*. ESPEJO; BALART, cit (n.133), p. 30

<sup>242</sup> *Ibid.*

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

3°. *Los extranjeros que obtuvieron carta de nacionalización de conformidad a la ley (...)*”.

En segundo lugar, Decreto n° 5142 de 29 de octubre de 1960 que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. En ésta se señala que la nacionalidad podrá otorgarse por carta de nacionalización: al extranjero mayor de 18 años con cinco años de residencia en nuestro territorio, que sean titulares del permiso de permanencia definitiva; al menor de 14 años hijo de extranjero, que tenga más de cinco años de residencia en nuestro territorio, con autorización de quien tiene a su cargo su cuidado personal y hayan obtenido el permiso de permanencia definitiva; y los menores de 18, cuyo padre o madre tenga calidad de refugiado concedida por Chile, desde que al menos a uno de sus padres le haya sido otorgada la carta de nacionalización, sin otro requisito legal.

Y, en tercer lugar, Ley de Extranjería y, más particularmente, su reglamento, cuyo artículo 80 señala que, se entiende por permanencia definitiva o residencia permanente “*el permiso concedido a los extranjeros para radicarse definitivamente en el país y desarrollar cualesquiera clase de actividades, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias*”. Ahora, ¿quiénes pueden solicitarla? Entre otros:

- El titular de visación de residente temporario que complete un año de residencia en tal calidad.
- El cónyuge extranjero de los funcionarios del Servicio Exterior que haya ingresado al país con pasaporte diplomático u oficial, antes de completar el período de residencia del artículo 82.
- El residente estudiante al término de sus estudios, siempre que tuviere al menos dos años de residencia en el país.
- El titular de visación de residente sujeto a contrato que completara 2 años de residencia en tal calidad.
- Los residentes oficiales al término de sus respectivas misiones.

De las normas expuestas cabe destacar la excepción que hace la Constitución al principio de *ius solis*, al excluir a los extranjeros transeúntes de aquel. Según Ribera Neumann, esta excepción se encuentra asociada a la idea de transitoriedad, es decir, la ausencia de voluntad de permanecer en el país. En la presente hipótesis ambos padres deben ser extranjeros, de lo contrario podría inscribirse al niño como chileno<sup>243</sup>.

Ahora ¿qué se entiende por extranjero transeúnte? La ley no lo define, sino que, en un principio, la Subsecretaría del Interior mediante la Circular contenida en el oficio N°3/1953,

---

<sup>243</sup> RIBERA NEUMANN, Teodoro, *La Nacionalidad Chilena Luego de la Reforma Constitucional de 2005*, disponible en [http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La\\_nacionalidad\\_chilena\\_luego\\_de\\_la\\_reforma\\_de\\_2005\\_-\\_05\\_abril\\_2010\\_Libro\\_soc.\\_de\\_Derecho\\_Constitucional\\_Francisco\\_Cumplido.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La_nacionalidad_chilena_luego_de_la_reforma_de_2005_-_05_abril_2010_Libro_soc._de_Derecho_Constitucional_Francisco_Cumplido.pdf?sequence=1), [Recuperado el 29 de diciembre de 2016], pp. 6 y 7.

de 17 de abril de 1996, estimó la residencia legal como elemento determinante de carácter de transeúnte del inmigrante, comprendiendo dentro de esta categoría entonces a: los turistas, tripulantes, inmigrantes en situación irregular y sus hijos<sup>244</sup>. Sin embargo, actualmente, mediante el Oficio N°27.601 de 14 de agosto de 2014, el Jefe de Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señaló que “(...)las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de hijo de extranjero transeúnte, es en los casos en que ambos progenitores tienen la calidad migratoria de turista o tripulante según la normativa migratoria”<sup>245</sup>. Por lo tanto, si bien durante un tiempo constituyó excepción al *ius solis* ser hijo de extranjeros en situación irregular, dejándose en ese entonces constancia en su partida de nacimiento que eran “hijos de extranjeros transeúntes”<sup>246</sup>, hoy ya no se consideran como tales.

La aplicación del criterio antiguo hubiese implicado que para que los hijos de extranjeros inmigrantes irregulares accedieran a la nacionalidad chilena debiesen haber solicitado la visación temporaria según el Artículo 51 del Reglamento de Extranjería, para lo cual –en virtud del artículo 29 de la Ley de Extranjería– debían acreditar vínculos familiares o intereses en el país o que su residencia sea estimada como útil o ventajosa. Tras el transcurso de un año en calidad de residente temporario, en virtud del artículo 30 de la Ley, podían solicitar la permanencia definitiva, la cual es requisito para poder solicitar la nacionalidad a la edad mínima de 14 años. De este modo, en el mejor de los casos, si el padre o madre del niño o adolescente no le hubiere podido conceder su nacionalidad a su hijo por aplicación del principio de *ius sanguinis*, el niño hijo del inmigrante irregular nacido en nuestro país podría haber pasado 14 años como apátrida. Sin embargo, esto ya no es así, apreciándose en el cambio de criterio la intención de avanzar en la protección de los derechos de los NNA.

Finalmente, la situación varía un poco cuando se trata de refugio, por cuanto, si los padres en condición de refugiados adquieren la nacionalidad chilena, esto permitirá al menor de 18 años adquirirla también. Ahora, destaca a este respecto que el artículo 47 del Reglamento de la Ley N°20.430 dispone que “A las personas a quienes se les haya reconocido la condición de refugiado y sus familias, se les otorgará un permiso de residencia permanente, de acuerdo a lo preceptuado en la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile, que les permita gozar de todos los derechos que se les reconocen en virtud de la ley N° 20.430, el presente reglamento y las Convenciones Internacionales sobre esta materia”. Es decir, el proceso para poder acceder a la nacionalidad chilena es mucho menos burocrático que el establecido para los migrantes, ya que es la permanencia definitiva la que habilita a adquirir la nacionalidad, junto a otros requisitos.

---

<sup>244</sup> AHUMADA, Marcela, *La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular*, disponible en, <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/>, [Recuperado el 29 de diciembre de 2016].

<sup>245</sup> JEFE DE DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, *Oficio N°27.601 de 14 de agosto de 2014*, Cit. por REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, *Resolución Exenta N°0213 de 19 de agosto de 2014*, disponible en [https://www.registrocivil.cl/transparencia/marcoNormativo/Rex\\_N\\_213\\_2014.pdf](https://www.registrocivil.cl/transparencia/marcoNormativo/Rex_N_213_2014.pdf), [Recuperada el 05 de enero de 2017].

<sup>246</sup> RIBERA, cit. (n.243), p.8.

### 3. Trata de niños migrantes

La trata de niños es un problema a nivel mundial del cual nuestro país, desgraciadamente, no se encuentra exento, lo que se vería facilitado por nuestras condiciones geográficas.

En esta materia, no se pueden desconocer los esfuerzos que ha realizado nuestro país para enfrentar la trata de NNA. Más allá de los esfuerzos materiales que han hecho distintos organismos dentro de nuestro país, se destaca la promulgación de la Ley n° 20.507 del 2011 que Tipifica los Delitos de Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas y Establece Normas Para su Prevención y más Efectiva Persecución Criminal, modificando nuestro Código Penal –En adelante CP<sup>247</sup>–, que pretende adecuar nuestra legislación al Protocolo de Palermo<sup>248</sup>.

Hasta antes de la entrada en vigencia de dicha ley, la trata de personas se sancionaba con el artículo 397 bis del CP, lo cual era criticable, por cuanto la limitaba al traslado con fines sexuales, sin señalar los medios de comisión –necesarios para demostrar que no hubo consentimiento por parte de la víctima–, dejando de lado cualquier otro fin de explotación distinto y cualquier otra acción que pudiese ser constitutiva de trata -como la captación o la recepción-. Además, el cruce de la frontera era lo que constituía delito, dejando fuera el traslado al interior del país. Lo anterior resultaba grave si se tiene presente que el principio de tipicidad en materia penal implicaba la impunidad de una serie de hechos que, en materia internacional, eran constitutivos de delito. De este modo, con la nueva ley se acoge la complejidad de este delito, añadiendo el artículo 411 quáter<sup>249</sup> a nuestro CP, lo que resulta fundamental –a grandes rasgos–, porque:

- Reconoce la trata sin el requisito de cruce de fronteras;
- Comprende una serie de acciones constitutiva de trata, que constituyen los distintos momentos del crimen. Además, la ley deja claro que la sucesión de verbos indicada

---

<sup>247</sup> ARAYA, Denisse; RETUERTO, Iria, *Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes*, en UNICEF, *Los derechos*, cit. (n.244), p. 136

<sup>248</sup> BONACIC, Daniela, *Informe sobre Trata de Personas en Chile. Un análisis legislativo e institucional en el Marco de la Nueva Ley 20.507*, disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/621/TESIS%206.pdf?sequence=1>, [Recuperado el 29 de diciembre de 2016], p. 12.

<sup>249</sup> El artículo 411 quáter de nuestro Código Penal dispone que: “*El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a éste, o extracción de órganos, será castigada con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

*Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

*El que promueva, facilite o financie la ejecución de la conductas descritas en este artículo será sancionado como autor de delito”.*

no tiene que cumplirse completamente, cada acción implica necesariamente las otras, sin necesidad de que se tenga claro el autor de la anterior. Cabe resaltar a este respecto que no se requiere que la explotación se concrete para que haya delito, aunque si deba probarse que este era el fin.

- Si la víctima es menor de edad no es necesario que concurren medios coercitivos constitutivos de trata. Nuestra legislación asume automáticamente la incapacidad de los NNA de consentir en la situación de explotación<sup>250</sup>. Lo cual se encontraría conforme con el artículo 3 del Protocolo de Palermo, como se expuso en el Capítulo II.

Cabe destacar que el artículo 411 ter del CP, distingue entre las penas aplicables si la víctima de la trata de personas es un adulto o un menor de 18 años. En el primer caso la pena probable va de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y una multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales –UTM–, mientras que, en el segundo, la pena probable es de reclusión mayor en su grado medio y una multa de 50 a 100 UTM. Por lo tanto, se aprecia una mayor rigurosidad cuando la víctima es un niño o adolescente.

Por otro lado, la ley incluye medidas especiales de protección a la víctima, imponiendo la obligación al Ministerio Público de velar por la integridad física y psíquica de las víctimas de la trata de personas, lo cual se concreta en tres acciones: orientación, referida a la entrega de información sobre el delito y sus derechos; protección, en caos que la víctima se vea amenazada o expuesta a riesgo; y apoyo, para poder participar en el juicio. En lo que respecta al apoyo, la Ley N°30.507 incorpora un artículo 33 bis a la Ley de Extranjería, que dispone que las víctimas no nacionales podrán solicitar residencia temporaria mientras dure el proceso, especificando que no se procederá a la repatriación si la víctima solicita que no se haga o si existe evidencia de que en dicho caso correría peligro<sup>251</sup>. Lo anterior garantiza el derecho de la víctima de regularizar su situación migratoria.

Además, el artículo 78 bis, incorporado al Código Procesal Penal, por la Ley n° 20.507, consagra una especial protección de la víctima cuando se trate de un menor, disponiendo “*Cuando se trate de menores de dieciocho años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad (...)*”. Esto resulta relevante por cuanto establece un estatuto protector especialmente previsto para los NNA<sup>252</sup> y, respecto de este, consagra el principio del interés superior del niño y el derecho a reunificación familiar, comentados anteriormente.

En definitiva, esta ley implicó un avance en las posibilidades de éxito al enfrentar este delito, además de las innegables consecuencias sociales que puede tener, evidenciando la falta de normalidad de ciertas prácticas que en su momento fueron comprendidas como comunes y llegaron a pasar desapercibidas por ello, lo cual deberá necesariamente ir

---

<sup>250</sup> ARAYA; RETUERNO, cit. (n.247), p. 140 a 149.

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> BONACIC, cit. (n.209), p. 19.

acompañado por campañas destinadas a informar a la sociedad de esta forma típica de vulneración de los derechos de las personas y, en particular, de los NNA<sup>253</sup>.

Pese a lo expuesto, Chile no cumpliría a cabalidad con los estándares internacionales en esta materia. En lo que respecta a los niños y adolescentes se extraña la tipificación de la comisión de este delito en grado de tentativa<sup>254</sup> que exige el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía en su artículo 3.2. y el artículo 5.2 letra a) del Protocolo de Palermo<sup>255</sup>.

Ahora bien, no podemos quedarnos solamente con los avances en materia penal en lo que a la trata se refiere, por cuanto, cuando ésta se vincula con la explotación laboral, deben ser atendidas otras cuestiones de suma relevancia.

De este modo, se vuelve a destacar el artículo 35 de la Ley de Extranjería, puesto que, si bien permite que se les otorgue visación al cónyuge, padre e hijos, en calidad de dependientes, del extranjero con residencia sujeto a contrato, no se les permite ejercer ninguna actividad remunerada, lo cual puede poner a la familia en grave riesgo social, al hacer depender al grupo familiar de una sola fuente de ingresos.

El riesgo social al que se alude en el párrafo precedente –y siguiendo lo expuesto en el Capítulo II– propicia la trata de personas, en particular, la explotación laboral, dada la especial situación de necesidad en que es puesta la persona, por cuanto, la consagración de esta prohibición –de trabajar– no implica su cumplimiento efectivo. Lo anterior lleva a que quienes no pueden trabajar legalmente, estén dispuestos a someterse a condiciones laborales vejatorias de sus derechos, marginándose de la protección de nuestro ordenamiento jurídico para evitar la imposición de sanciones que la infracción de la normativa migratoria trae aparejada.

Ahora bien, cuando se trata de NNA, las posibilidades de acceder a un trabajo generalmente son mayores en contraste con las de un adulto, por cuanto –como también se menciona en el Capítulo II– se presentan para el empleador como instrumentos fácilmente dispensables y controlables. Esto vuelve particularmente grave la prohibición en comento, puesto que indirectamente, viene a favorecer la explotación laboral de niños y adolescentes.

Lo anterior se reconoce en la Estrategia Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y Protección del Adolescente Trabajador 2015-2025 -realizada en colaboración de la OIT y el Ministerio del Trabajo y Previsión Social en Chile- al señalar entre los elementos que contribuyen a generar tolerancia social ante el trabajo infantil, la demanda del hogar y las empresas. En el caso de las empresas son varias las razones para requerir niños como mano de obra, las cuales se vinculan con menores sueldos, que los niños son más fáciles de ser manejados porque no exigen como lo haría un adulto el respeto de sus derechos y que son

---

<sup>253</sup> ARAYA; RETUERNO, cit. (n.247), p. 153.

<sup>254</sup> *Ibid*, p. 15.

<sup>255</sup> Ante lo cual, el Comité de Derechos del Niño, recomienda a Chile que se asegure que su ordenamiento penal contemple el delito de venta de niños y que este sea prohibido en todos los supuestos previstos del artículo 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales*, cit. (n.255), par. 90.

más ingenuos cuando de riesgos se tratan, siendo más sencillo involucrarlos en labores a las que un adulto podría resistirse o en las que podría exigir mayores garantías a su empleador<sup>256</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que, si bien nuestro país no cuenta actualmente con una ley específica de infancia que regula materias laborales, nuestro Código del Trabajo sí prevé regulación al respecto<sup>257</sup>, prohibiendo por regla general los contratos laborales con personas menores de 15 años -salvo en supuestos calificados- y estableciendo una serie de requisitos para que el menor de 18 y mayor de 15 pueda acceder a la vida laboral en supuestos específicamente determinados, cumpliendo así con el artículo 32 de la CDN y con el C138<sup>258</sup>.

Además, mediante el Decreto n° 50 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, del año 2007, se aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 13 del Código del Trabajo, señalando en su artículo 1° que aquel Reglamento establece las actividades que se consideran peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de 18 años, prohibiendo la admisión de aquellos en dichas labores. Además, dispone medidas especiales de protección y prevención para los menores sujetos a una relación laboral. Así, este reglamento prohíbe la participación de menores de 18 años en una serie de actividades que enumera en sus artículos siguientes, cumpliendo con el mínimo propuesto por el C138 y C182 de la OIT<sup>259</sup> y consagrando otras.

Cabe destacar también la creación del Consejo Nacional de la Infancia como instancia asesora de la presidencia para poder generar una Ley de garantía universal de la niñez, bajo la cual se desarrolle una política nacional de infancia 2015-2025. Además, se creó un sistema de registro único e intervención de las peores formas de trabajo infantil diseñado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social junto a la OIT y el Servicio Nacional de Menores el año 2002, cuyo objeto es la detección y registro de los NNA sometidos a este tipo de trabajos y, así, poder emprender las acciones apropiadas destinadas a atender al niño o adolescente<sup>260</sup>.

En definitiva, en esta materia, si bien no se cumplen los estándares internacionales a cabalidad, se aprecian serios esfuerzos por parte de nuestro país en orden a garantizar los derechos del niño consagrados en la CDN y otros instrumentos internacionales.

Ahora bien, con relación a lo expuesto, el Proyecto de Ley que se encuentra actualmente en tramitación en la Cámara de Diputados, deja sin efecto el comentado artículo 35 del Reglamento de Extranjería en lo que respecta a la prohibición de trabajar, por cuanto permitiría a los familiares del extranjero que obtiene la visación acceder a labores remuneradas, al implementar un artículo 14 ter en la Ley de Extranjería que tendrá aplicación general dada su ubicación en la norma. Sin embargo, pese a lo anteriormente señalado lamentablemente, no se aprecian otras reformas relevantes en las materias expuestas.

---

<sup>256</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO; MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL EN CHILE, *Crecer Felices. Estrategia Nacional para la erradicación del trabajo infantil y protección del adolescente trabajador 2015-2015*, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/mintrab-estrateg-nac-contratrabajoinfantil.pdf>, [Recuperado el 30 de diciembre de 2016], p. 30.

<sup>257</sup> Artículos 13 y siguientes del Código del Trabajo.

<sup>258</sup> *Vid supra*, Capítulo II, II.2.c).

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> OIT; MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, cit. (n. 256).

## CONCLUSIONES

Las crisis migratorias han impulsado la consagración de políticas cada vez más restrictivas, cuyo objeto es impedir las inmigraciones. En este orden de ideas, es que esta memoria deja de manifiesto una seria falencia en cuanto a cumplimiento de estándares internacionales relativos a los derechos humanos, en especial en lo relativo a los derechos de los niños.

Actualmente, como se vio en el Capítulo II, los NNA (niños, niñas y adolescentes) cuentan con un estatuto de carácter general consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño (CDN). Dicha generalidad lleva a que en la práctica las disposiciones de la Convención deban ponerse en relación con otras normas de derecho internacional o a que deban adoptarse Protocolos para atender situaciones específicas.

En lo que respecta a los NNA migrantes no se aprecia una regulación que aborde el tema a cabalidad, sino que más bien, para estos efectos ha de recurrirse a una serie de normas diseminadas por distintos tratados – como a la Convención Americana de Derechos Humanos- para abordar los problemas que les aquejan. Es menester resaltar a este respecto la idea -expuesta en el Capítulo I- de que no existe un estatuto general aplicable a los migrantes y, aunque la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CIPDTMYF) contenga disposiciones de aplicación general relativas a la migración, su objeto específico son las migraciones laborales.

Por su parte, la Convención de 1951, hace escuetas referencias a los niños y adolescentes en sus disposiciones, lo cual no es de extrañar si se tiene en cuenta que su objeto no es regular la situación de los NNA, sino de los solicitantes de refugio y refugiados propiamente tales.

En consideración a lo anterior estimamos como ideal la adopción de un estatuto que regule y sistematice los derechos y garantías de los NNA migrantes, que se alce como límite efectivo a la soberanía estatal y que promueva a nivel internacional los derechos de los migrantes y de los NNA. Este se justificaría tanto en la escasez de normas específicas en esta materia, como en la condición de vulnerabilidad en la que se ven envueltos los NNA. Respecto de esto último es menester destacar que:

En primer lugar, el solo hecho de ser un NNA implica encontrarse en situación de vulnerabilidad. Esto no debe tomarse como que constituyen un grupo vulnerable per sé, sino que sus condiciones los sitúan en una posición de desigualdad, si se contrasta su realidad con la de los adultos.

En segundo lugar, la calidad de migrante también trae aparejada serias desigualdades en contraste con los nacionales de un país. La inexistencia de un estatuto internacional de carácter general, implica una carencia a nivel internacional de un estándar concreto al cual ajustar las legislaciones nacionales, como sí existe en el caso de los refugiados. Ahora, lo anterior no implica en ningún caso, negar la existencia de tratados internacionales de derechos humanos que consagran derechos que han de serle reconocidos a todas las personas, de los cuales no deben ser excluidos los migrantes, aunque en esta materia los Estados prefieran a todas luces hacer primar su soberanía.

Además, cabe tener presente, que las condiciones que aquejan al migrante empeoran cuando su situación es irregular, tal como se dejó demostrado en los Capítulos II y III de la presente investigación.

En tercer lugar, cuando se trata de niños separados o no acompañados, la exposición al riesgo de violación de sus derechos, tanto por particulares como por parte de la autoridad, es mucho mayor. Ello quedó claro cuando se expuso –en el Capítulo II– sobre las consecuencias que trae aparejada la separación de las familias y el hecho de constituir los NNA particular interés de varias redes de prostitución en el mundo y de empleadores explotadores.

De lo anterior, se desprende la necesidad de proteger a los niños y adolescente, la cual se pretendió satisfacer, al adoptar la CDN. Sin embargo, desde nuestra perspectiva y ante los casos expuestos, esta Convención se presenta como insuficiente para resolver los problemas y riesgos que aquejan a los NNA, de ahí que deba ser complementada con normativa que trate en específico las migraciones y la institución del refugio en relación con los derechos del niño.

Ahora bien, en otro orden de ideas, en lo que respecta al análisis hecho de nuestra legislación nacional, se aprecian los importantes esfuerzos que se han hecho en orden a consagrar, dentro de distintas áreas de nuestro ordenamiento, los derechos de los NNA. Así quedó de manifiesto en el Capítulo III, donde se destacan las reformas legales y la implementación de políticas en materia penal y laboral, destinadas a la protección efectiva de los derechos de los NNA, sin distinguir si se trata de niños migrantes o nacionales. Es más, en materia penal se establece una protección especial para los migrantes y para los niños, permitiéndoseles regularizar su situación de irregularidad de ser necesario y brindándoles asistencia especial, respectivamente.

Sin embargo, dichos avances o mejoras no se aprecian de igual forma en materia administrativa, particularmente de cara al procedimiento migratorio, no existiendo en nuestra legislación migratoria un reconocimiento expreso a derechos consagrados en la CDN.

A este respecto, quedó claro en el Capítulo III, que el procedimiento migratorio actualmente vigente dificulta el cumplimiento efectivo de éstos -como se vio, en específico, a propósito de la desintegración familiar-. Por otro lado, no se hace referencia alguna al interés superior de niño, tampoco a la unidad familiar –en la Ley de Extranjería y en su Reglamento respectivo–, principios que ya han sido cristalizados en otras áreas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Es más, haciendo un contraste entre la legislación migratoria y la legislación relativa al refugio, se aprecian grandes diferencias. La regulación nacional de los refugiados presenta un nivel de conformidad con los estándares internacionales mucho más alto que nuestra regulación migratoria, reconociendo expresamente una serie de derechos a los refugiados, en general y a los NNA, en particular, que trascienden las exigencias de los instrumentos internacionales suscritos por Chile.

Nos llama poderosamente la atención que nuestro ordenamiento reconozca los derechos de los NNA en algunas materias y en otras no, más cuando son materias que se encuentran íntimamente relacionadas. Esto pareciera ser una evidencia más de la discriminación que nuestro país hace, dando primacía a condiciones o cualidades por sobre la calidad de niño.

Ahora, si bien es cierto que, tras la concesión de la condición de refugiado a una persona determinada, existe el reconocimiento de una condición de riesgo que, en definitiva, justifica la consagración de derechos particulares y la consiguiente aplicación de un estatuto especial, pareciera que nuestro ordenamiento obvia que no todos los NNA cumplen con las exigencias para poder ser refugiados según la Convención 1951 o según la Ley n° 20.430 y que ello en ningún caso, debiese implicar que se les prive de los derechos que la CDN consagra a su favor, por cuanto esta Convención no está hecha para aplicarse a ciertos niños, niñas y adolescentes, sino que a todos.

En todo caso, es menester reconocer a este respecto la labor del poder judicial, en particular, la Corte Suprema y del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en orden a dar efectivo cumplimiento a los derechos de los NNA mediante una interpretación de nuestro ordenamiento jurídico conforme a las disposiciones que nuestro país se obligó a observar al ratificar la CDN.

De este modo, se aprecia en la presente investigación que, nuestro país aún tiene una deuda muy grande si de derechos de los NNA se trata, no solo porque nuestra Ley de Menores aún establece un modelo de cariz tutelar, sino que los avances que se han hecho en esta materia son dispares,

dejándose de lado áreas de nuestro ordenamiento que no deben ser menospreciadas, por cuanto –una vez más– la CDN no distingue entre ramas del derecho a las que deberá ser aplicada y, sea cual sea ésta, la protección de los NNA es igualmente relevante. Es cierto que debe darse primacía a ciertas materias por sobre otras, según la urgencia que presenten –lo cual es más bien una decisión política–, pero no es lo mismo un avance parcelado, que dejar casi absolutamente de lado –de no ser por nimias reformas en más de 40 años desde la dictación de la Ley de Extranjería–, un área que se presenta como esencial para efectos de hablar de un efectivo respeto a los derechos humanos.

En definitiva, es necesaria una reforma profunda de carácter garantista –idealmente que se dicte una nueva ley– de la normativa migratoria actual, en la cual se reconozca un estatuto especial y sistematizado aplicable a los NNA, lo que implica tener en consideración las disposiciones de la CDN y otros tratados internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos que la CIDH y la Comisión han hecho en esta materia. Lo anterior para efectos de cumplir con los estándares internacionales y armonizar nuestro ordenamiento jurídico, purgándolo de discriminaciones como las que se expresan en los párrafos precedentes y positivizando los principios y derechos del sistema internacional para promoverlos en nuestro país y brindar certeza de cara a los límites efectivos a la soberanía del Estado. Este objeto también contiene el deber de nuestro Estado de seguir avanzando en otras áreas, incluso en materia de refugiados, donde también se presenta como ideal el fortalecimiento de los derechos de los NNA.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAYA, Denisse; RETUERTO, Iria, *Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes*, en UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND (a cura di), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y víctimas de trata internacional en Chile*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8938.pdf> [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

AHUMADA, Marcela, *La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular*, disponible en <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-nacionalidad-de-los-hijos-de-extranjeros-en-situacion-migratoria-irregular/>, [Recuperado el 29 de diciembre de 2016].

ALBA, Francisca, *El Informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales*, disponible en [http://conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion\\_internacional/migint\\_desarrollo/01.pdf](http://conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion_internacional/migint_desarrollo/01.pdf) [Recuperado 16 de diciembre de 2016].

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*<sup>1</sup> (Santiago, 2008, Legal Publishing Chile).

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Advisory Opinion by UNHCR on the Interpretation of the Refugee Definition*, disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4551c0374.pdf>. [Recuperado 17 de noviembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Aquí estoy, aquí pertenezco*, disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/563783634.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Convención sobre el estatuto de los Apátridas*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9610.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo IA(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. HCR/GIP/06/08*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=487e105b2> [Recuperado el 24 de diciembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Estadísticas*, disponible en <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/> [Recuperado 19 de noviembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Historia del ACNUR*, disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/> [Recuperado 13 de noviembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *La Convención de 1951*, disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/la-convencion-de-1951/> [Recuperado 13 de noviembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Luchas contra la discriminación de los migrantes*, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/DiscriminationAgainstMigrants.aspx> [Recuperado el 17 de diciembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf> [recuperado el 25 de noviembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, disponible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/migration-sp.pdf> [Recuperado 07 de diciembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Nº84 (XLVIII) Conclusión sobre los niños y adolescentes refugiados*, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0595>, [Recuperado el 20 de diciembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Preguntas frecuentes sobre los términos “refugiados” y “migrantes”*, disponible en <http://www.acnur.org/noticias/noticia/preguntas-frecuentes-sobre-los-terminos-refugiados-y-migrantes/>, [Recuperado el 03 de enero de 2017].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Preguntas y Respuestas sobre la Convención de 1951*, disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/la-convencion-de-1951/preguntas-y-respuestas-sobre-la-convencion-de-1951/> [Recuperado el 05 de noviembre de 2016].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *¿Refugiado o ‘Migrante’? ACNUR insta a usar el término correcto*, disponible en <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/> [Recuperado 18 de noviembre de 2016].

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 53/143. Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias*, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0688> [Recuperado el 20 de diciembre de 2016].

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 69/187. Los niños y adolescentes migrantes*, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2015/9937>, [Recuperado el 20 de diciembre de 2016].

BARCÍA LEHMAN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Thomson Reuters, 2011).

BELOFF Mary, *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y Otro para Desarmar*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 1 (1999).

BELOFF Mary, *Protección Integral de los Derechos del Niño VS Derechos en Situación Irregular*, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/7.pdf> [Recuperado 01 de diciembre de 2016].

BONACIC, Daniela, *Informe sobre Trata de Personas en Chile. Un análisis legislativo e institucional en el Marco de la Nueva Ley 20.507*, disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/621/TESIS%206.pdf?sequence=1>, [Recuperado el 29 de diciembre de 2016].

BETHS, Alexander, *Global Migration Governance*, en *Oxford University Press* (2001), cit. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Migración y derechos humanos, Mejoramiento de la Gobernanza basada en los Derechos Humanos de la Migración Internacional*, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_Report.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_Report.pdf) [Recuperado el 16 de diciembre de 2016].

CARRASCO Isaí, *Sobre la Interpretación del Concepto de Refugiado: los casos de Australia y Nueva Zelanda, y Lecciones para Chile*, (Valparaíso, 2015).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Niños, niñas y adolescentes migrantes (Artículos 1.1, 2, 4.1, 6, 7, 8, 11, 17, 18, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I,II, VI, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>, [Recuperado el 25 de diciembre de 2016].

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhssK3M5T%2fDPYI5MHGhtMS6B4wdmjWcNAPsrS0KSJLt8kAqr1bgXOwnr41neD%2fuDwW0RI3PTBRkrm35fBHjSJ9fXkedUD2SLV5BpX0BeDPgW2T>, [Recuperado el 28 de diciembre de 2016].

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°3: El VIH/SIDA y los derechos del niño*, disponible en <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF->

[ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf](#), [Recuperado el 24 de diciembre de 2016].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N°6 (2005). Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General N° 19, Comentarios GENERALES adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 – La familia, 39° período de sesiones, U.N Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990)*, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html> [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Report of the 2012 day of general discussion. The rights of all children in the context of international migration*, disponible en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC\\_DGD-Childrens\\_Rights\\_InternationalMigration.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC_DGD-Childrens_Rights_InternationalMigration.pdf) [Recuperado el 23 de diciembre de 2016].

Conferencia de Berna II, *La Iniciativa Berna, Encauzar la Migración internacional mediante la cooperación internacional: Agenda Internacional para la Gestión de la Migración, 2004*, disponible en <http://www.estudiosdemigracion.org/inedim2013/documentosypub/forosydebates/iniciativa/32.pdf>, [Recuperado el 15 de diciembre de 2016].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005*, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf) [Recuperado el 25 de diciembre de 2016].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>, [Recuperado el 23 de diciembre de 2016].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758.pdf?view=1>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de Modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización*, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc) [Recuperado el 25 de diciembre de 2016].

CORTE SUPREMA, *Loyola Pérez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Policía de Investigaciones, 9 de enero de 2013*, considerando 6°.

COTS MONER, Jordi, *El defensor dels Drets de l'Infant*, en *Revista Educació Social*, 38 (2008).

DE LA MAZA VENT, Camila; Riveros Calderón, María, *Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes*, en VIAL SOLAR, Tomás (a cura di), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014* (Santiago, 2014).

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES, *Informe N°33-15 del 01 de octubre de 2015, La Migración en Chile. Su carácter intrarregional y la legislación nacional*, disponible en [https://www.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F22270%2F1%2F97270\\_Informe-Migracion-PARLATINO-October-2015.pdf&usg=AFQjCNG1hcnrfVimRpas66MMurq1aOqSvg&sig2=\\_UMG9mWmAX-doc817kraVg](https://www.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F22270%2F1%2F97270_Informe-Migracion-PARLATINO-October-2015.pdf&usg=AFQjCNG1hcnrfVimRpas66MMurq1aOqSvg&sig2=_UMG9mWmAX-doc817kraVg) [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

DOMÍNGUEZ, Cecilia, *Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?*, en *revista Chilena de Derecho*, 43 (2016).

ESPEJO, Nicolás; BALART, Andrea, *Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena*, en UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND (a cura di), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y víctimas de trata internacional en Chile*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8938.pdf> [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

ESPONDA FERÁNDIZ, Jaime, *La Tradición Latinoamericana de Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados*, en GIANELLI, María; MANLY, Mark; MURILLO, Juan Carlos; SAN JUAN, Cesar (a cura di), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Costa Rica, Editoroma S.A., 2004).

ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE LAS NACIONES UNIDAS, *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*, disponible en [http://www.unisdr.org/files/7817\\_UNISDRTerminologySpanish.pdf](http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf) [Recuperado el 23 de diciembre de 2016].

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerilin, *La vulnerabilidad de la jurisprudencia de la CORTE Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología*, en BURGOGUE-LASEN, Laurence; Maules, Antonio; SÁNCHEZ, Beatriz (a cura di), *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, (Barcelona, 2014).

FAITH TO ACTION, *Niños, orfanatos y familias*, disponible en <http://www.bettercarenetwork.org/sites/default/files/Ninos%20Orfanatos%20y%20Familias-%20Summary%20of%20Research%20Spanish.pdf> [Recuperado el 16 de diciembre de 2016].

FUNDACIÓN INTERVIDA, *Vidas explotadas*, disponible en <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/elyt/4.pdf>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

GONZÁLEZ, Juan, *Diagnóstico de la Ley que establece disposiciones sobre protección de refugiados y su aplicación*, disponible en <http://www.fasic.org/1librorefugio.pdf> [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

HERRERA CARASSOU, Roberto, *La Perspectiva Teórica en el Estudio de las Migraciones*, (México D.F., Siglo XXI Editores, 2006).

HERNÁNDEZ, Ricardo; ELOY, Hector, *El VIH/SIDA y los derechos humanos. Guía básica para educadores en derechos humanos*, p11, cit. por Lara, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, (México, Comisión Nacional de Derechos Humanos México, 2013).

HUMANIUM, *Declaración sobre los Derechos del Niños, 1959*, disponible en <http://www.humanium.org/es/declaracion-1959/> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Eliminating the works forms of child labour*, disponible en [http://www.ipu.org/PDF/publications/childlabour\\_en.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/childlabour_en.pdf) [Recuperado el 24 de diciembre de 2016].

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS; FACULTAD DE DERECHO DE DEPAUL UNIVERSITY; COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERE; INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Trafico de mujeres y niños. Conclusiones de la investigación y seguimtno*, disponible en <http://www.iin.oea.org/proder/explotación.sexual/conclusiones.trafico.pdf> [Recuperado el 24 de diciembre de 2016].

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe complementario a la presentación del Estado de Chile ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares*, disponible en <http://www.indh.cl/pdf/Informe%20Trabajadores%20Migratoriosweb.pdf> [Recuperado el 28 de diciembre de 2016].

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración de comunidad de migrantes ante coyuntura electoral para reflexionar y aportar propuestas al debate sobre legislación y política migratoria en Chile*, disponible en <http://www.indh.cl/declaracion-de-comunidades-de-migrantes-ante-coyuntura-electoral-para-reflexionar-y-aportar-propuestas-al-debate-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-chile> [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

JASTRAM, Kate; NEWLAND Kathleen, *La unidad familiar y la protección de los refugiados*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50acc6962>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

JEFE DE DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, *Oficio N°27.601 de 14 de agosto de 2014*, cit. por REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, *Resolución Exenta N°0213 de 19 de agosto de 2014*, disponible en

[https://www.registrocivil.cl/transparencia/marcoNormativo/Rex\\_N\\_213\\_2014.pdf](https://www.registrocivil.cl/transparencia/marcoNormativo/Rex_N_213_2014.pdf), [Recuperada el 05 de enero de 2017].

LAGOS, Victor; ROJAS, Óscar; PFEIFFER, Alice, *Derecho de los Migrantes y Refugiados*, en VIAL SOLAR, Tomás (a cura di), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014* (Santiago, 2014).

LAHOZ, Sonia, *De la necesidad de resguardar los derechos de niños, niñas y adolescentes implicados en procesos migratorios y los de sus familiares*, en UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND (a cura di), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y víctimas de trata internacional en Chile*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8938.pdf> [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

LARA, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, (México, Comisión Nacional de Derechos Humanos México, 2013).

MORLACHETTI, Alejandra, *La Convención sobre los Derechos del Niño y la Protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos*, en RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR, *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf), [Recuperado el 25 de diciembre de 2015].

NAMINHAS, Sandra, *Derecho Internacional de los Refugiados* (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2001).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados*, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>, [Recuperado el 03 de diciembre de 2016].

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos y la trata de persona*, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf), [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Trata de personas*, disponible en [http://www.unodc.org/pdf/HT\\_GPATleaflet07\\_es.pdf](http://www.unodc.org/pdf/HT_GPATleaflet07_es.pdf) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

OLEA, Helena, *Refugiado en Chile: análisis de la ley 20.430 y su reglamento*, disponible en [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/informes/2012/refugiados\\_le\\_y.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2012/refugiados_le_y.pdf) [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Entra en vigor el Convenio de la ONU sobre derechos de los trabajadores migratorios*, disponible en [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_075353/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_075353/lang-es/index.htm) [Recuperado el 15 de diciembre 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO; MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL EN CHILE, *Crecer Felices. Estrategia Nacional para la erradicación del trabajo infantil y protección del adolescente trabajador 2015-2015*, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/mintrab-estrateg-nac-contratrabajoinfantil.pdf>, [Recuperado el 30 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Derecho Migratorio Internacional*, disponible en [http://www.crmsv.org/documentos/IOM\\_EMM\\_Es/v1/V1S06\\_CM.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf) [Recuperado 14 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Glosario sobre migración*, disponible en [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf) [Recuperado 07 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *La Comisión sobre las Migraciones Internacionales*, disponible en <https://www.iom.int/es/la-comision-mundial-sobre-las-migraciones-internacionales> [Recuperado el 16 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Migración e Historia*, disponible en [http://www.crmsv.org/documentos/iom\\_emm\\_es/v1/v1s03\\_cm.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v1/v1s03_cm.pdf) [Recuperado 10 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Nuestra Historia*, disponible en [http://www.oas.org/es/acerca/nuestra\\_historia.asp](http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp) [Recuperado 10 de noviembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Marco Operacional de la OIM en situaciones de Crisis Migratorias*, disponible en <https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/MC2355-SP-Marco-Operacional-de-la-OIM-en-Situaciones-de-Crisis-Migratoria.pdf> [Recuperado el 17 de noviembre de 2016].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Migración Irregular*, disponible en [http://www.crmsv.org/documentos/iom\\_emm\\_es/v3/v3s12\\_cm.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v3/v3s12_cm.pdf) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*, disponible en <http://www.refworld.org/cgi->

[bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac926d2](http://bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac926d2) [Recuperado el 20 de diciembre de 2016].

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Resolución A/RES/64/142, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, disponible en <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf> [Recuperado el 19 de diciembre de 2017].

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, *Aportaciones del Informe de la Comisión Global de Naciones Unidas sobre las Migraciones Internacionales a la Cooperación Institucionalizada*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num11/notas/aportaciones-informe-comision-global-naciones-unidas-sobre-migraciones-internacionales-cooperacion-institucionalizada>, [Recuperado el 16 de diciembre de 2016].

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Instructivo Presidencial N°009 de 02 de septiembre de 2008*, disponible en <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16-%20Inst.%20N%209.pdf>, [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Vulnerable*, disponible en <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by>, [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

RIBERA NEUMANN, Teodoro, *La Nacionalidad Chilena Luego de la Reforma Constitucional de 2005*, disponible en [http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La\\_nacionalidad\\_chilena\\_luego\\_de\\_la\\_reforma\\_de\\_2005\\_-\\_05\\_abril\\_2010\\_Libro\\_soc.\\_de\\_Derecho\\_Constitucional\\_Francisco\\_Cumplido.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/511/La_nacionalidad_chilena_luego_de_la_reforma_de_2005_-_05_abril_2010_Libro_soc._de_Derecho_Constitucional_Francisco_Cumplido.pdf?sequence=1), [Recuperado el 29 de diciembre de 2016], pp. 6 y 7.

RAMIREZ, Laura; ZAPATA, Emma; VÁSQUEZ, Verónica; NAZAR, Dominga; CÁRCAMO, Naima, *Migración transfronteriza y trabajo infantil en el Soconusco, Chiapas*, en *Revista Migración y desarrollo* 12 (2014).

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Hay una única infancia? La construcción de la ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*, disponible en [http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso\\_barcelona/docs/introisaac.pdf](http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso_barcelona/docs/introisaac.pdf), [Recuperado el 03 de enero de 2017].

ROGER Camille, *El Enfoque de la Protección Integral de los Derechos de la Primera Infancia en América Latina*, disponible en [http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_integralidad\\_2\\_0132708.pdf](http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_integralidad_2_0132708.pdf) [Recuperado 01 de diciembre de 2016]

ROJAS, Nicolás; SILVA, Claudia, *La migración en Chile: breve reporte y caracterización*, disponible en [http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe\\_julio\\_agosto\\_2016.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf). [Recuperado 24 de diciembre de 2016].

RONDANINI, Alejandro, *El derecho a solicitar asilo*, en GORDILLO Agustín; FLAX Gregorio, *Derechos Humanos* (Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2007).

SAVE THE CHILDREN FUND, *Especial: 95 Aniversario de Save The Children, Eglantyne Jebb, De persona comprometida con los niños a fundadora de Save de Children*, disponible en <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/cuaderno-eglantyne-jebb.pdf> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

SAVE THE CHILDREN FUND, *¿Quiénes somos?*, disponible en <https://www.savethechildren.es/quienes-somos> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

SAVE THE CHILDREN FUND, *Nuestra Historia*, disponible en <https://www.savethechildren.org.co/qui%C3%A9nes-somos/nuestra-historia> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

SECCIÓN DE ESTUDIOS DEL DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, *Migración en Chile 2005-2014*, disponible en <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/06/Anuario.pdf> [Recuperado 18 de noviembre de 2016].

STEFONI, Carolina, *Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante*, en FELDMAN-BIANCO, Bela; RIVERA, Liliana; STEFONI, Carolina; VILLA, María (a cura di), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina, Prácticas, representaciones y categorías*, disponible en <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/39537.pdf> [Recuperado el 27 de diciembre de 2016].

STEFONI, Carolina, *Perfil Migratorio de Chile*, disponible en [http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni\\_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf](http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf) [Recuperado el 26 de diciembre de 2016].

THE EQUAL RIGHT TRUST, *Unravelling Anomaly. Detention, Discrimination and the Protection Needs of Stateless Persons*, disponible en <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/UNRAVELLING%20ANOMALY%20small%20file.pdf> [Recuperado el 23 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Celebrating 20 years of the Convention on the Rights of the Child*, disponible en [https://www.unicef.org/rightsite/sowc/pdfs/SOWC\\_Spec%20Ed\\_CRC\\_Main%20Report\\_EN\\_090409.pdf](https://www.unicef.org/rightsite/sowc/pdfs/SOWC_Spec%20Ed_CRC_Main%20Report_EN_090409.pdf) [Recuperado el 03 de enero de 2017].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Convención sobre los derechos del niño. Ratificada por Chile en 1990*, disponible en [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/convencion.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf), [Recuperado el 28 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes*, disponible en <https://www.unicef.org/lac/Discriminacion.pdf> [Recuperado el 17 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Eliminar el trabajo infantil afirmando los derechos del niño*, disponible en [https://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub\\_beyond\\_sp.pdf](https://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub_beyond_sp.pdf) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *El mundo reconoce por fin la importancia de la infancia*, disponible en <https://www.unicef.org/spanish/sowc05/timeline.html> [Recuperado 03 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *¿Qué es la protección integral de la infancia?*, disponible en [https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview\\_8887.htm](https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm) [recuperado 30 de noviembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *La Travesía, Migración e infancia*, disponible en [https://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef\\_Migracion\\_web\(2\).pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/Unicef_Migracion_web(2).pdf) [Recuperado el 17 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Migración e infancia*, disponible en [https://www.unicef.org/lac/migracion\\_e\\_infancia.pdf](https://www.unicef.org/lac/migracion_e_infancia.pdf) [Recuperado el 17 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN'S EMERGENCY FUND, *Trabajo Infantil*, disponible en [https://www.unicef.org/spanish/protection/57929\\_child\\_labour.html](https://www.unicef.org/spanish/protection/57929_child_labour.html) [Recuperado el 18 de diciembre de 2016].

UNITED NATIONS POPULATION INFORMATION NETWORK, *Boletín de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El cario (Egipto), 5 a 13 de septiembre de 1994*, disponible en [http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94\\_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html](http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html) [Recuperado el 15 de diciembre de 2016].

VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007).

VAN WAAS, Laura, *Nationality Matters. Statelessness under International Law*, en Oxford Journal (2008).

ZÁRATE, Luis, *El Asilo en el Derecho Internacional Americano* (Bogotá, Iqueima, 1958).