

El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena

*Isaac Ravetllat Ballesté**

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es reflexionar acerca de la falta de regulación en Chile de un procedimiento de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares desde un enfoque de derechos humanos que respete las previsiones contenidas tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. En ese sentido, la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, a pesar de contener como uno de sus principios inspiradores el del interés superior del niño y de la niña, no parece, sin embargo, ser capaz de ofrecer respuestas claras y acordes con las verdaderas necesidades de estos niños, niñas y adolescentes, más aún tras la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2021, que declaró la inconstitucionalidad del procedimiento de retorno asistido contenido en el artículo 132 de la referida norma.

Migración internacional; retorno asistido; derechos del niño y de la niña migrante; protección de la infancia

The assisted return procedure of unaccompanied and separated children in Chilean immigration regulations

ABSTRACT

The objective of this study is to reflect on the lack of regulation in Chile of an assisted return procedure of unaccompanied and separated children from their family references from a human rights approach that respects the provisions contained in both the Convention on the Rights of the Child and the Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and

* Licenciado en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Magíster y Doctor en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona, España. Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Director del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. ORCID: 0000-0003-3857-8150. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl.

Artículo recibido el 24.4.2021 y aceptado para su publicación el 9.8.2021.

Members of Their Families. In this sense, the Law 21.325, of Migration and Foreigners, despite containing as one of its main principles that of the best interests of the child, does not seem, however, to be able to offer clear answers consistent with the true ones needs of these children and adolescents, even more so after the Constitutional Court Judgment of January 29, 2021, which declared the unconstitutionality of the assisted return procedure contained in article 132 of the aforementioned norm.

International migration; assisted return; migrant children's rights; child protection

INTRODUCCIÓN

La carencia histórica en Chile de un cuerpo normativo que venga a regular de manera integral y completa los derechos de la niñez y la adolescencia, que establezca una institucionalidad acorde con los estándares internacionales, y que asiente las bases delimitadoras de una clara política pública de infancia y adolescencia¹, adquiere especial relevancia al incidir sobre un colectivo de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad: aquellos extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares. Efectivamente, el desconocimiento por parte de nuestras autoridades de la realidad vivida por estos niños, niñas y adolescentes que arriban solos a nuestras fronteras, la invisibilización de sus verdaderas motivaciones, experiencias y necesidades, así como la incapacidad de dar respuesta legal a su situación vital, denotan bien a las claras, una vez más, el déficit absoluto de un enfoque de niñez que coloque a las personas menores de edad, en este caso migrantes, en el epicentro del sistema².

La reciente promulgación de la Ley de Migración y Extranjería que, *a priori*, debiera estar llamada a poner fin a la endémica situación de discriminación interseccional que sufren estos niños, niñas y adolescentes —en adelante NNA—, por ser menores de edad, extranjeros, encontrarse en condición de irregularidad administrativa, y por si fuera poco solos, no parece estar a la altura de lo esperado³. Es por ello que la hipótesis que nos planteamos en este estudio es que la carencia de un procedimiento legal de retorno asistido en la mentada norma se vislumbra como una práctica contraria al principio rector del interés superior del niño y de la niña.

De este modo, la presente investigación en primer lugar, describe el ámbito de extensión del principio de no devolución cuando este afecta a NNA migrantes; en segundo término, examina el *modus operandi* existente en la actualidad para tratar de dar respuesta efectiva a la situación de estos NNA; y, finalmente, concluye con una aproximación crítica a la regulación del procedimiento de retorno asistido de NNA

¹ DUARTE, 2012, p. 103 y 110, considera que una explicación a esta falta de visibilidad de la niñez y la adolescencia se encuentra en el carácter adultocéntrico de las sociedades occidentales.

² COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, 2021, párr. 37.

³ CRENSHAW, 2012, pp. 87-122.

contenido originariamente en el artículo 132 de la Ley de Migración y Extranjería, antes de que dicho precepto fuera declarado contrario a la Constitución Política de la República por parte del Tribunal Constitucional, en sentencia de 29 de enero de 2021 (rol 9930-2020)⁴. Todo ello sin olvidar la importancia de examinar el procedimiento de retorno asistido como si de una medida de protección se tratara, y, precisamente desde ese mismo enfoque cuestionar la falta de concordancia normativa existente entre la Ley de Migración y Extranjería y el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

I. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

El principio de no devolución, que inicialmente fue pensado para las personas a las que se reconoce su estatuto de asilo o refugiado (artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), ha ido, paulatinamente, ampliando su ámbito de extensión⁵. Sin ir más lejos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Familia Pacheco Tineo *vs.* Bolivia, tuvo la oportunidad de interpretar el artículo 22.8 del Pacto de San José de Costa Rica, alcanzando la siguiente conclusión:

“Es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados y refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”⁶.

En suma, el principio de no devolución debe serle reconocido a todo sujeto extranjero, con independencia de su edad, y no únicamente a una categoría específica del mentado colectivo humano, como serían los requirentes de asilo o refugio.

Por tanto, si bien el principio de no devolución se dirige a proteger la vida y libertad de los perseguidos, tratándose de NNA, el objeto de esta prohibición —que es un derecho en sí mismo considerado— abarca no solo la protección del derecho intrínseco a la vida y la libertad, sino también la protección del derecho de las personas menores de edad a sobrevivir y a desarrollar sus capacidades evolutivas, y en consecuencia, el daño irreparable que pretende evitar incluye también la vulneración del conjunto de derechos

⁴ ÁLVAREZ, 2019, p. 304; YÁÑEZ, 2020, p. 27; CARRETTA y BARCIA, 2020, p. 145; y REY, 2008, p. 264.

⁵ Este principio de no devolución aparece reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico chileno en el artículo 4 de la Ley 20.430, 2010, sobre protección de refugiados. Asimismo, y por lo que al ámbito internacional se refiere, se hace mención del mismo en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 33), en la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 9, 10 y 22), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 6, 22 y 37).

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Familia Pacheco Tineo *vs.* Bolivia, 2013, párr. 153.

que les son esenciales para su desarrollo integral, entre ellos el derecho a la identidad (artículo 8 CDN), el derecho a la salud (artículo 24 CDN), el derecho a la educación (artículos 28 y 29 CDN), el derecho a la integridad (artículo 19 CDN), el derecho a estar protegidos contra toda forma de explotación (artículos 32 y 34 CDN)⁷.

A mayor abundamiento, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Nº 6 (2005), estatuye que si no se cumplen los requisitos para obtener la condición de refugiado de acuerdo con lo estipulado en la Convención de 1951, “los NNA separados o no acompañados deben igualmente gozar de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de atención”⁸. Tal circunstancia comporta, evidentemente, que ha de garantizárseles, en la máxima medida de lo posible, el disfrute de todos los derechos humanos reconocidos a cualquier NNA en el Estado de acogida.

En este sentido, y más allá de las previsiones comprendidas en la Ley de Migración y Extranjería⁹, entendemos del todo imprescindible la consagración en la normativa nacional del principio de no devolución de NNA, constatando expresamente que el mismo debe ser acogido como regla general y nunca como excepción. Además, debe dejarse bien a las claras que la mentada obligación de no devolución de NNA migrantes asumida por el Estado chileno aplica con independencia de los actores sociales a quienes se imputen las vulneraciones graves de los derechos de esos NNA –sean o no agentes estatales–, así como de la circunstancia que las amenazas o vulneraciones en cuestión sean premeditadas o consecuencia indirecta de la acción o inacción del Estado.

Ni qué decir cabe, que a la luz tanto de la CDN como de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares deben quedar expresamente prohibidas las expulsiones colectivas de NNA y familias migrantes¹⁰.

II. MODELO ACTUAL DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS O SEPARADOS

1. *Ideas generales*

A pesar de existir –al menos teóricamente– diversas categorías de NNA no acompañados o separados, buena parte de ellos se encuentran circunscritos en uno de los tres grupos enunciados acto seguido: los solicitantes de protección internacional –incluidos

⁷ PANQUEVA, 2018, p. 40; ARLETTAZ, 2017, pp. 199-201.

⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 77.

⁹ Sin ir más lejos, y a título meramente ejemplificativo, la Ley 21.325, 2021, en su artículo 4 comprende el principio del interés superior del niño, así como la imposibilidad de aplicar sanciones migratorias a NNA; de igual modo, en su artículo 41 prevé el permiso de residencia de NNA; y en su artículo 134 prohíbe la privación de libertad de NNA como medida aplicable para hacer efectiva una orden de expulsión.

¹⁰ En este mismo sentido se pronuncia el inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Migración y Extranjería.

los requirentes del estatuto de refugiado—; aquellos que han sido víctimas de trata; y, por último, los inmigrantes en sentido amplio de la palabra, incluyendo dentro de esta última categoría aquellos que buscan la reunificación familiar u oportunidades de tipo económico o educacional. Es necesario subrayar, además, que estas categorías no deben ser consideradas como excluyentes entre sí, sino precisamente todo lo contrario, ya que es posible que exista cierta concurrencia y movilidad entre las mismas¹¹.

En este sentido, y en aras a ofrecer una respuesta integral a las necesidades específicas que presenta este colectivo de NNA, el sistema debe dotarse de un procedimiento claro y acorde con los estándares internacionales vigentes en la materia para hacer frente, en cada caso concreto, a los requerimientos de protección y a la búsqueda de soluciones duraderas, tomando siempre como eje transversal el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño y de la niña, así como los principios de no discriminación, supervivencia y desarrollo, participación y no devolución¹².

En línea con lo apuntado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, entiende que el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño y de la niña debiera convertirse en un criterio esencial a la hora de diseñar y aplicar las políticas públicas migratorias, así como un principio informador de toda toma de decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una persona menor de edad, o de sus progenitores por condiciones vinculadas con su estatus migratorio. Lo afirmado va de la mano de la obligación del Estado de respetar el derecho de la persona menor de edad a ser escuchada y debidamente tenida en cuenta en todos los aspectos concernientes a los procedimientos migratorios¹³.

Apuntado lo anterior, y antes de principiar con el examen detallado del *iter* procedimental que se sigue desde el preciso instante en que una persona menor de edad extranjera no acompañada o separada es identificada en nuestras fronteras, no podemos dejar de subrayar, una vez más, por los efectos limitantes que ello conlleva, la falta endémica en Chile de una norma legal que venga a desarrollar de manera omnicomprensiva, transparente y exhaustiva estas cuestiones¹⁴.

En efecto, la mera existencia de la Circular N° 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, que informa de la política y procedimiento acerca de la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, extranjeros o chilenos que se encuentren en el exterior¹⁵, reafirma nuestra creencia de considerar que la práctica de desarrollar estas materias mediante diversas regulaciones de carácter administrativo, bajo la fórmula de resoluciones, circulares, decretos, convenios de colaboración y otros,

¹¹ GODOY, 2019, pp. 101-114.

¹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017b, párr. 49 y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS, 2017a, párr. 32.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 70. En idéntico sentido se pronuncia el COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, 2021, párr. 32.

¹⁴ SOLER y MARTÍN, 2015, pp. 32-41.

¹⁵ Es posible señalar que según la Circular N° 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, p. 2, fija las competencias de la Unidad de Relaciones Internacionales de la Dirección Nacional del Sename.

implica dotar al sistema de un evidente grado de improvisación y heterogeneidad, a la par que evidencia que nos encontramos ante una regulación frágil, sin mecanismos adecuados de rendición de cuentas, ni de supervigilancia, donde el cumplimiento de su contenido queda atribuido, sin mayor control, a sus ejecutores, abriéndose en este sentido importantes espacios para la discrecionalidad¹⁶.

Ante tal tesitura, y en respuesta al deficiente marco normativo que envuelve este asunto, en la práctica se ha generado un particular *modus operandi* para aquellos casos en que las autoridades fronterizas chilenas detectan la presencia de una persona menor de edad no acompañada o separada ingresando al país por paso no habilitado¹⁷. En efecto, ante dichas circunstancias el NNA extranjero es derivado inmediatamente –por intermedio de los correspondientes partes policiales de carabineros o de la Policía de Investigaciones– al Tribunal de Familia competente, para que de este modo, si se estima oportuno, se dé inicio a la debida causa proteccional. Todo ello, en atención a las previsiones contenidas en la Ley Nº 19.968, de creación de los Tribunales de Familia –en adelante, Ley de Tribunales de Familia–, que atribuye a este órgano jurisdiccional la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de las personas menores de edad¹⁸.

En ningún caso, de manera previa a la determinación de su interés superior y a la evaluación de sus necesidades de protección por parte de las autoridades competentes –en nuestro caso, el Tribunal de Familia–, puede serles denegada la entrada ni ser devueltos “en caliente” o de manera sumaria desde el punto fronterizo en el que se encuentren. Tampoco pueden ser detenidos con base en la aplicación de políticas o prácticas migratorias (artículos 4 y 134 de la Ley Nº 21.325). Sin lugar a dudas, lo más importante en este momento inicial es la adecuada determinación de la identidad del NNA¹⁹ para facilitar así su correcta derivación, asegurando entonces su asistencia y atención inmediatas²⁰.

¹⁶ CEPEDA, 2019, pp. 120-122 y CARVACHO, 2020, p. 169.

¹⁷ Hacemos referencia únicamente a la entrada por paso no habilitado debido a que las fronteras del Estado chileno actualmente se encuentran cerradas por motivos de emergencia sanitaria. No obstante, caso de detectarse la presencia de un NNA no acompañado o separado de sus referentes familiares tratando de ingresar a territorio nacional por un paso habilitado, consideramos que la manera de proceder de las autoridades fronterizas debe ser exactamente la misma que la desarrollada en el presente estudio.

¹⁸ Es menester recordar que el artículo 8º. 7 de la Ley 19.968, 2004, establece con claridad la potestad de los juzgados de familia “en todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos respecto de los cuales se requiere adoptar una medida de protección”. LATHROP, 2014, p. 219 y ESTRADA, 2018, p. 8.

¹⁹ Respecto del derecho a la identidad de los NNA no acompañados o separados de sus referentes familiares, es interesante destacar el importante número de comunicaciones individuales suscitadas ante el Comité de los Derechos del Niño contra el Estado español, vinculadas, precisamente, con el procedimiento de determinación de la edad de esos NNA. Analizar en este sentido *S.M.A. vs. España* (CRC/C/85/D/40/2018), párr. 7.12 y 7.13; *M.B.S. vs. España* (CRC/C/85/D/26/2017), párr. 9.15 y 9.16; *M.B. vs. España* (CRC/C/85/D/28/2017), párr. 9.14 y 9.15; *M.A.B. vs. España* (CRC/C/83/D/24/2017), párr. 10.9 y 10.10; *M.T. vs. España* (CRC/C/82/D/17/2017), párr. 13.6 y 13.9; *R.K. vs. España* (CRC/C/82/D/27/2017), párr. 9.9 y 9.10; *A.L. vs. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.9 y 12.10; *J.A.B. vs. España* (CRC/C/81/D/22/2017), párr. 13.9 y 13.10; y *D.D.C. vs. España* (CRC/C/80/D/4/2016), párr. 14.7.

²⁰ SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAMME, 2010, p. 21. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4ccac66b2.html> (Consulta efectuada el 12 de diciembre de 2020). En idéntica línea se pronuncia la OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 1997, párr. 4.1.

Una vez remitido el expediente ante el Tribunal de Familia podemos encontrarnos ante dos posibles escenarios: que se trate de un NNA separado; o de un NNA no acompañado. En el primero de los casos, estamos ante una persona menor de edad separada de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes o adultos referentes. Por esta razón, puede tratarse de una persona menor de edad acompañada por otras personas significativas (un amigo de la familia, unos vecinos, unos parientes lejanos)²¹; mientras que en el segundo de los supuestos, nos encontramos ante un NNA separado de ambos progenitores y otros parientes y que, además, tampoco se halla al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad²². Ahondemos, pues, en cada una de estas categorías.

2. *Niños, niñas y adolescentes separados*

En referencia a los NNA separados, el órgano jurisdiccional, por regla general, suele adoptar una medida cautelar especial –de las recogidas en el artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia–, y concede el cuidado personal al adulto de referencia con el que la persona menor de edad cruzó la frontera. En otras palabras, no se deriva al NNA a un recurso residencial, sino que por el contrario, se lo mantiene, en la medida de lo posible, junto al adulto significativo con el que arribó al país. Lo anterior, por supuesto, salvo que se evidencie que tal medida no se condice con su interés superior, por considerar, por ejemplo, que su integridad física o psíquica corren algún riesgo, o por no quedar suficientemente acreditado el vínculo –afectivo, de confianza– que lo une con el mencionado adulto referente, o por constatarse signos de maltrato, negligencia o cualquier otro indicador que denote una situación de vulneración de derechos.

Acto seguido, y como consecuencia del estado de alarma sanitaria en el que vivimos, el NNA –separado– y el adulto o grupo de adultos que lo acompañan son derivados –al igual que cualquier otra persona que ingrese al país por paso no habilitado–, bajo la responsabilidad del Ministerio de Salud, a una residencia sanitaria para que procedan a realizar la cuarentena obligatoria de 14 días. Paralelamente, desde el Juzgado de Familia se inician las pesquisas necesarias para contactar con la familia del NNA –que por regla general ya se encuentra en territorio chileno–, para que, una vez superado el período de cuarentena, se persone en la residencia sanitaria y estén en condiciones de reunificarse con su hijo o hija. A partir de ese preciso instante, el sistema no prevé mecanismo oficial alguno que, de manera coordinada, garantice un acompañamiento, apoyo o asesoría al NNA en condición migratoria irregular y de su familia, con el objetivo de facilitar y agilizar la tramitación de la visa temporaria, la debida inscripción en un centro educativo, y la incorporación al sistema previsional de salud. A lo sumo, se les ofrece información

Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf> (Consulta efectuada el 11 de marzo de 2021).

²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 8.

²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 7.

genérica acerca de aquellas organizaciones de la sociedad civil que ofrecen este tipo de información y asistencia²³.

3. Niños, niñas y adolescentes no acompañados

En segundo lugar, si nos encontramos ante un NNA no acompañado, y atendida su evidente situación de vulnerabilidad, el Tribunal de Familia decreta una medida cautelar –artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia– e inicia los trámites para contactar con su familia –que no en pocas ocasiones se encuentra ya en Chile–. Únicamente, de no existir otra elección, como *ultima ratio*, se opta por el ingreso del NNA en una residencia del Servicio Nacional de Menores –sea un centro de administración directa o dependiente de un organismo colaborador acreditado–²⁴. En este último caso, también debe garantizarse que el NNA realice el correspondiente periodo de cuarentena, no en una residencia sanitaria sino en las propias dependencias que el centro residencial haya habilitado al efecto²⁵.

Dentro de los cinco días siguientes a decretada la medida cautelar, el Tribunal de Familia –en virtud de lo estipulado en el artículo 72 de la Ley de Tribunales de Familia– cita a una audiencia preparatoria y designa a un *curador ad litem* –Programa mi abogado– para que represente judicialmente al NNA. En este punto, y al tratarse de personas menores de edad extranjeras no acompañadas, según lo estipulado en la Circular Nº 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, el director o personal del centro residencial donde el NNA se encuentre residiendo debe instar a la Oficina Internacional del Servicio Nacional de Menores para que esta, de manera expedita, inicie las indagaciones precisas para contactar con los familiares del NNA, ya sea en territorio chileno, en el país de origen o en un tercer Estado. Ahora bien, no obstante lo indicado, debido a la demora y lentitud asociada a esta vía oficial de proceder, los Tribunales de Familia optan, en la práctica, por tratar de acceder ellos mismos directamente a dicha información, bien por medio del *curador ad litem* o de los responsables de la residencia donde el NNA se encuentra²⁶.

Asimismo, también se oficia por parte del Tribunal de Familia al Servicio de Registro Civil e Identificación para que provea al NNA extranjero en situación irregular y de vulnerabilidad –sujeto a una medida de protección– de una cédula de identidad provisoria, que le permita, de un lado, su identificación temporal hasta la obtención de

²³ BRAVO, SANTOS y DEL VALLE, 2015, p. 254.

²⁴ En virtud de la Ley 21.302, 2021, se crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, que vendrá a sustituir al Servicio Nacional de Menores. Para un análisis inicial del citado texto legal véase VÁSQUEZ, 2021, pp. 8-25.

²⁵ Protocolo de actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus en organismos colaboradores residenciales y ambulatorios, de 14 de agosto de 2020, octava edición, del Departamento de Protección de Derechos del Servicio Nacional de Menores. Para su consulta, se encuentra disponible en: <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2020/08/Protocolo-Actuacion-COVID-19-Centros-Residenciales-OCAS-v8.pdf> (último acceso 11 de marzo 2021).

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párrs. 84 y 85.

un permiso de residencia (la denominada visa de NNA)²⁷; y, de otro, que le facilite el acceso tanto al sistema educativo como a los servicios de salud. Ciertamente, en virtud de la Resolución Exenta N° 119, de 17 de abril de 2017, se estatuye cuál es el procedimiento especial a seguir para otorgar, siempre previa orden del Tribunal de Familia, una cédula de identidad provisoria en beneficio de estos NNA²⁸.

4. *Reunificación familiar y tramitación del permiso de residencia temporal para niños, niñas y adolescentes*

Sin detrimento de la tramitación y obtención de la cédula de identidad provisoria a la que hacíamos referencia en el apartado precedente, el Servicio Nacional de Menores –próximo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia–, mediante su Unidad de Relaciones Internacionales, debe, al menos en el papel, iniciar todas las diligencias necesarias para proceder a la reunificación familiar²⁹, así como contactar con el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior –futuro Servicio Nacional de Migración y Extranjería– para gestionar la visa temporaria que venga a substituir al ya aludido documento de identificación provisorio³⁰.

Esta fase, que podríamos catalogar de investigación, tiene como finalidad última procurar los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión fundamentada respecto del futuro del NNA migrante no acompañado o separado, con el fin de diligenciar su retorno asistido al país de origen o a aquel donde se encuentren sus familiares o, en su defecto, facilitar su permanencia en territorio chileno, ya sea reunificándolo con sus parientes, si es que se encuentran en Chile, u otorgando su tutela al Estado. De acuerdo con el principio del interés superior del niño y de la niña, la devolución al país de origen, si se considerara esta la medida más oportuna, debe efectuarse bien mediante reunificación familiar, bien por medio de la puesta a disposición de la persona menor de edad ante los servicios sociales de su país de origen o residencia, siempre que, por supuesto, quede acreditado, que reúnen las condiciones mínimas para su debida atención y protección³¹.

En suma, una de las principales dificultades con las que cuenta esta etapa de investigación es la identificación de la persona menor de edad –recabar toda la información

²⁷ El órgano competente para tramitar este permiso de residencia de NNA es el Departamento de Migración y Extranjería (DEM), si bien con la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Extranjería y Migración este será substituido por el Servicio Nacional de Migración y Extranjería.

²⁸ Resolución Exenta N° 119, de 17 de abril de 2017, que autoriza al Subdepartamento de Identificación, dependiente del Departamento Archivo General del Servicio, para otorgar número de Run a menores migrantes en situación irregular, previa orden de un Tribunal de Justicia. Para su consulta, se encuentra disponible en: http://www.srcei.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_N_119_2017.pdf (último acceso 21 de abril 2021).

²⁹ Circular N° 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, pp. 11-12.

³⁰ Para dar cumplimiento a este cometido que le es propio, el Sename celebró un Convenio de Colaboración con el Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior en el año 2010, que fue aprobado por Resolución Exenta N° 1.238, de 7 de abril de 2010.

³¹ CERIANI, GARCÍA y GÓMEZ, 2014, p. 22.

que sea posible— y la valoración de su situación real (presencia de algún adulto que pueda hacerse cargo de su cuidado, indagación del contexto familiar en origen y demás circunstancias personales y familiares que lo rodeen). Otro aspecto a resaltar, y que no puede pasar inadvertido, es la información que se les brinda a los NNA acerca de su situación y sus derechos. No solo en cuanto a su contenido, sino también respecto de los cambios que se van suscitando en la tramitación de su expediente y de cómo afectan a su vida las decisiones que se van adoptando. En otras palabras, los NNA no acompañados y separados deben ser oportunamente informados y consultados por el proceso de búsqueda de la familia y una vez iniciado, de su continua evolución. Sus opiniones y puntos de vista deben ser tomados en consideración durante el devenir de todo este proceso³².

En aquellos casos en que un NNA no cuente con documentos de su país de origen o visa de residencia en Chile, el centro residencial o programa del Servicio Nacional de Menores o de la red de instituciones colaboradoras al que haya sido derivado por parte del Tribunal de Familia debe, dentro de las 48 horas siguientes a su ingreso, informar del mismo a la Unidad de Relaciones Internacionales. Ello se realiza vía correo electrónico con copia al Departamento de Protección de Derechos y a la Dirección Regional correspondiente³³. Asimismo, dichas instituciones también ostentan la obligación de ingresar los antecedentes del NNA en la base de datos *Senainfo*, e iniciar —con el apoyo de la Unidad de Relaciones Internacionales— los trámites de solicitud de su permiso de residencia temporal.

Por su parte, la visa debe ser solicitada —a instancia de los organismos que están al cuidado del NNA— desde las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Menores, al Jefe del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior —adelante, DEM—, adjuntando la documentación requerida para este subtipo de visa temporaria, y explicitando, si se diere la circunstancia, las razones por las que algún documento de los exigidos no hubiera podido acompañarse³⁴. Añadir a ello, que la Ley de Migración y Extranjería recoge expresamente en su artículo 41 este tipo de permiso de residencia temporal, circunstancia esta que *a priori* nos parece positiva, pues legaliza —en el sentido de que se contiene en una norma con rango de ley—, un subtipo de visado de residencia temporal pensado para NNA, que hasta el momento únicamente encontraba su cabida en una disposición de carácter administrativo, con los riesgos que ello conlleva.

Asimismo, si el NNA se encuentra indocumentado deben tomarse las medidas necesarias para obtener el certificado de nacimiento, cédula de identidad o pasaporte, según corresponda. Para ello el centro o programa a cargo del NNA debe tomar contacto de manera inmediata con el Consulado del país de origen del NNA —siempre y cuando ello no sea contraproducente con su interés superior—, e instar para que se emitan sus documentos.

³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 79-89; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017b, párr. 34; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS, 2017^a, párr. 33; y GREEVEN y VALENZUELA, 2019, p. 39.

³³ Circular Nº 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, pp. 5-6.

³⁴ Circular Nº 16, de 26 de julio de 2017, del Departamento de Extranjería y Migración, que instruye acerca de visación temporaria para niños, niñas y adolescentes.

A mayor abundamiento, si el NNA ingresó al país de manera irregular por paso fronterizo no habilitado, es evidente que no podrá acompañar su solicitud de visado de la pertinente tarjeta de turismo, por carecer de ella. Por esta razón, en el oficio dirigido al DEM –futuro Servicio Nacional de Migración y Extranjería– debe indicarse expresamente que el NNA entró en Chile por paso fronterizo no habilitado. En este caso, además, al existir una infracción a la normativa migratoria, la decisión de conceder o no la visa, no la toma el Jefe/a del DEM, sino que le corresponde hacerlo al/la Subsecretario/a del Interior. Tal eventualidad provoca que el tiempo de tramitación se demore de manera exponencial, lo que entendemos no adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado chileno. Da la sensación que se prioriza la condición de migrante irregular de esa persona y no su estatuto de NNA.

Una vez notificado el otorgamiento de la correspondiente visa, corresponde al adulto a cargo del NNA o a los/as profesionales del centro o programa que se encuentre desarrollando la intervención –ambulatoria o residencial– realizar las gestiones oportunas para llevar a cabo el estampado de la visa del NNA –este trámite se realiza ante la Gobernación respectiva, o el DEM, en caso de residir en la Región Metropolitana–. Si la persona menor de edad no cuenta con pasaporte ni tiene posibilidades de acceder a uno, se deberá solicitar que la visa sea timbrada en un título de residencia.

Ya estampada la visa, debe acudir, junto con el NNA, a la Policía de Investigaciones para realizar el correspondiente registro de la misma. De esta suerte, las visas se ingresan en el Registro General de Extranjeros, y la Policía de Investigaciones –al concluir este trámite– emite un certificado de anotación. Finalmente, con este documento, el adulto a cargo del NNA o el/la profesional del centro o programa debe concurrir, junto con él o ella, al servicio de Registro Civil e Identificación para obtener la cédula de identidad para extranjeros residentes.

Por último, apuntar que al tratarse de una visa de residencia temporal su duración es de un año, finalizado el cual se puede instar a una prórroga por idéntico periodo o solicitar la permanencia definitiva.

III. EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO ASISTIDO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS O SEPARADOS EN LA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: EL POLÉMICO ARTÍCULO 132

1. *Una regulación oscilante a lo largo de su proceso de tramitación*

La regulación del procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados o separados de sus familiares en la Ley de Migración y Extranjería ha sido objeto de importantes oscilaciones y controversias a lo largo de todo su *iter legis* en sede parlamentaria, hasta el punto de ser considerado, finalmente, como contrario a las previsiones contenidas en la Constitución Política de la República por parte del propio Tribunal Constitucional³⁵.

³⁵ Tribunal Constitucional chileno, 29.01.2021, rol 9930-2020, considerando centésimo décimo.

De este modo, si bien es cierto que la versión original del precepto (que en su redacción primigenia correspondía al artículo 130 del entonces Proyecto de Ley³⁶) determinaba que cualquier decisión relativa a la devolución de una persona menor de edad a su Estado de origen o residencia debía basarse, necesariamente, en los requerimientos de su interés superior, no precisaba, sin embargo, ni el mecanismo ni la autoridad –administrativa o judicial– encargada de dar contenido al mentado concepto jurídico indeterminado. Es decir, no se explicitaba con claridad, como ya se encargó de constatar la Corte Suprema en su informe de 19 de mayo de 2020 (Oficio Nº 90-2020), si correspondía o no a los Tribunales de Familia dicha función, pues a tenor de lo estipulado en la Ley de Tribunales de Familia, se atribuye a estos órganos jurisdiccionales la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de los NNA³⁷.

Como reacción a esas críticas, la Comisión de Hacienda de la Cámara alta aprobó una indicación que proponía una nueva redacción para el artículo objeto de nuestro análisis –el ya artículo 132– que otorgaba, ahora sí de manera explícita, a los Tribunales de Familia, a petición de la autoridad encargada de la protección de NNA, la competencia exclusiva para acordar las medidas de protección a las que debían quedar sujetos los NNA no acompañados o separados de sus familias, siempre, por supuesto, atendiendo a su interés superior y habiendo tomado en consideración su derecho a ser escuchados. En particular, correspondía a estos Tribunales, si se consideraba como la opción más atingente para dar respuesta al desarrollo y bienestar integral de esos NNA, la potestad para decretar la medida de retorno asistido, la que debía ser debidamente fundamentada, así como cabía su impugnación conforme con las previsiones recogidas en la normativa vigente aplicable a los procedimientos en que se adoptan medidas de protección respecto de cualquier NNA³⁸.

De igual modo, esa versión mejorada del artículo 132 emanada de la Comisión de Hacienda asignaba a la autoridad encargada de la protección de los NNA, mientras se mantuviera pendiente de resolución por parte del órgano jurisdiccional familiar la decisión de retorno o no del NNA no acompañado, la asunción de su cuidado y atención. Lo que implica no únicamente atender a todas sus necesidades –ya sean materiales o psicológicas– sino también mantenerlos informados de los derechos que les asisten y del estado de tramitación de su expediente de protección, al igual que iniciar inmediatamente las diligencias necesarias para que les sea concedido el correspondiente visado de residencia ante el Servicio Nacional de Migraciones –actual DEM–, así como también iniciar los trámites de obtención de los documentos de identidad del país de origen en caso de no contar con ellos.

Ahora bien, no obstante esa propuesta de nueva redacción del artículo 132 del proyecto de Ley de Migración y Extranjería, cuando su texto fue sometido a la definitiva votación del pleno de la Cámara, el mismo no se tomó en consideración y se optó,

³⁶ Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín Nº 8970-06.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, 19.05.2020, oficio 90-2020, de 19 de mayo de 2020, pp. 10-11.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, 17.08.2020, oficio 149-2020, de 17 de agosto de 2020, pp. 9-10

concluyentemente, por la versión inicial del precepto; y, fue precisamente esa alternativa la declarada atentatoria contra la Constitución Política de la República por parte del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su considerando centésimo quinto –Sentencia Rol 9930-2020, de 29 de enero de 2021–, el artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería “se aleja de la certeza jurídica mínima”, pues encomienda todo el procedimiento de retorno asistido a un reglamento, lo que “contribuye a una indeterminación que incrementa la vulnerabilidad sobre la situación de las personas menores de edad no acompañadas”. Asimismo, el precepto en cuestión tampoco resuelve de manera acertada una discordancia que pareciera darse en el seno del articulado de la Ley de Migración y Extranjería: por una parte, el mandato de no expulsión de estos NNA y, de otra, la previsión –e incluso el favorecimiento– de un tipo de retorno asistido hacia sus redes familiares, nacionales y afectivas. Bajo nuestro punto de vista, la única forma de superar esta dicotomía pasaría por regular un instrumento integral de asistencia, atención y protección de estos NNA como lo que realmente son: NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, con independencia de su nacionalidad y estatuto migratorio.

Tal circunstancia, es decir que la Ley de Migración y Extranjería haya sido promulgada sin contener un procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados o separados de sus referentes familiares, pues el existente –artículo 132 del Proyecto de ley– no superó el filtro del Tribunal Constitucional, genera un riesgo evidente de vacío normativo. Lo afirmado, unido a la falta de articulación de la Ley N° 21.325 con el proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia –actualmente en tercer trámite constitucional ante la Comisión Mixta–, se nos antoja como una forma poco feliz de abordar esta situación de grave vulnerabilidad de los derechos de un grupo muy particular de NNA³⁹. Una vez más, da la sensación que tras enunciar grandilocuentemente el principio del interés superior del niño y de la niña como uno de los elementos rectores e inspiradores, en este caso de la Ley de Migración y Extranjería (artículo 4), el legislador, llegado el momento de darle contenido y especificarlo, no toma en debida consideración los estándares internacionales que informan dicha cuestión⁴⁰.

2. Elementos característicos de un procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados

De acuerdo con lo esgrimido *ut supra*, la medida de retorno asistido, a diferencia del enfoque ofrecido por la redacción final del artículo 132 de la Ley de Migración y Extranjería –aquella que dejara sin efecto el Tribunal Constitucional–, no debiera en ningún caso configurarse como una sanción migratoria, muy por el contrario debiera

³⁹ RAVETLLAT, 2020, pp. 293-324.

⁴⁰ En un sentido similar se pronunció la DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2021, p. 7, al entender que “el artículo 132 no respeta ni promueve el derecho fundamental de los NNA, de considerar de manera primordial su interés superior”.

ostentar la naturaleza jurídica propia de una medida de protección cuya finalidad no es otra que la de atender a una persona menor de edad que se encuentra en una situación de grave amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

Así, y como ya analizamos en el apartado segundo de este estudio, en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los Tribunales de Familia, de conformidad con lo estipulado en la Ley Nº 19.968, dictar las medidas de protección de NNA (artículo 8, Nº 7), al igual que también compete a estos órganos jurisdiccionales la eventualidad de autorizar la salida de un NNA del país, en los casos que corresponda de acuerdo con la ley (artículo 8, Nº 10)⁴¹. Además, tampoco puede obviarse que a lo largo de todo el procedimiento proteccional –por consiguiente también si se acuerda la medida de retorno asistido– deben respetarse las exigencias propias del debido proceso impuestas a nivel constitucional e internacional, así como asegurar la representación jurídica y, en caso de ser necesario, el acceso a intérprete a los NNA afectados⁴². Finalmente, también se reconoce la función de los tribunales de justicia a los efectos de control de la actividad administrativa, en nuestro caso del órgano competente en materia de infancia y adolescencia, que a partir de octubre de 2021 vendrá a ser el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia⁴³.

Delimitado el rol esencial a desempeñar por los Tribunales de Familia en el procedimiento de retorno asistido, se nos antoja imprescindible también la necesidad de concretar cuáles están llamadas a ser las tareas encomendadas a la autoridad encargada de la protección de los NNA durante la tramitación de esta medida protectora, para de este modo superar el actual estado de confusión y lentitud en buen número de sus intervenciones.

En dicho sentido, y a tenor del vacío normativo que nos deja la declaración de inconstitucionalidad del artículo 132 de la Ley de Migración y Extranjería, entendemos que el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia debería promover, una vez identificada a la persona menor de edad extranjera no acompañada, la búsqueda de sus familiares adultos, tanto en el territorio nacional como en su país de origen o residencia, pudiendo a estos efectos coordinarse con la o las representaciones diplomáticas que presumiblemente ostenten información relevante al respecto. Decimos *pudiendo*, pues previamente habrá que ponderar el riesgo que ello implica para el NNA, atendiendo que podría ser sujeto de protección internacional. Lo anterior, y aunque no hay norma con rango legal que se pronuncie expresamente en tal sentido, debiera ser para dotar al Tribunal de Familia de los antecedentes necesarios para que este pueda, en su caso, acordar de manera fundamentada el retorno del NNA a su país de origen, o a aquel en que se encuentren sus familiares o, en su defecto, incluido cuando el NNA no cuente con familiares ni referente alguno, decretar su permanencia en territorio chileno.

⁴¹ ASTUDILLO, 2020, pp. 397-407 y KLENNER, 2010, pp. 25-49.

⁴² DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2019, pp. 7-9.

⁴³ GREEVEN y VALENZUELA, 2019, p. 68.

Asimismo, la normativa actual tampoco se manifiesta en el sentido de estatuir que el retorno asistido debe efectuarse bien mediante la reunificación familiar, bien por medio de la puesta a disposición de la persona menor de edad, caso de existir y encontrarse en condiciones de garantizar su atención integral, ante los servicios sociales de protección a la infancia y la adolescencia del país de origen o de residencia⁴⁴. En ningún otro caso se nos vislumbra posible acordar el retorno asistido del NNA extranjero⁴⁵.

Vinculado con lo ya expuesto, y trayendo nuevamente a colación la versión del artículo 132 del Proyecto de Ley emanada de la Comisión de Hacienda, que recordémoslo habilitaba la opción de impugnar la resolución judicial que estableciese la medida de retorno asistido del NNA, remitiendo para ello a las disposiciones de la Ley de Tribunales de Familia, nos surge el interrogante de si debiera reconocerse a la persona menor de edad extranjera no acompañada, como así cae en otros ordenamientos jurídicos⁴⁶, legitimación activa para que sea ella, debidamente representada –de acuerdo con lo estipulado en el artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia–, la que lleve a cabo dicho acto de impugnación judicial. Una verdadera concreción del principio del interés superior del niño y de la niña debiera llevar a incorporar en nuestra regulación una indicación en que se manifieste de manera expresa que si una persona menor de edad presenta suficiente juicio y ha manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su representación legal –en nuestro caso al tratarse de NNA sin referentes familiares, el órgano público encargado de su protección– debe inmediatamente acordarse la suspensión del curso del procedimiento de retorno asistido, hasta que el Tribunal de Familia nombre a un *curador ad litem* que defienda los intereses independientes y contradictorios de ese sujeto.

3. *Concordancia normativa entre las diversas disposiciones que afectan a los derechos de la infancia y la adolescencia migrante*

Finalmente, y una vez contemplado el procedimiento de retorno asistido como una medida de protección, debemos comprobar si existe una nítida y evidente coordinación entre la Ley de Migración y Extranjería y el Proyecto de Ley que viene a regular las garantías y la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia (Boletín N° 10.315-18). En caso de no ser así, quedaría en evidencia, una vez más, la deficiente técnica legislativa empleada, y ello iría en detrimento del tan proclamado principio del interés superior del niño y de la niña⁴⁷.

⁴⁴ CERIANI, GARCÍA y GÓMEZ, 2014, p. 22.

⁴⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 84. También CERIANI, GARCÍA y GÓMEZ SALAS, 2014, p. 22.

⁴⁶ Sin ir más lejos en la normativa de extranjería española. Concretamente el inciso primero del artículo 193 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En mayor profundidad RAVETLLAT, 2015, p. 32.

⁴⁷ ESTRADA, 2015, p. 162; CARRETTA y BARCIA, 2020, pp. 51-86.

Pues bien, llegados a este punto, y antes de proseguir con nuestro planteamiento, debemos recordar que en Chile se encuentra en estado de tramitación avanzado el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. Esta norma, en lo que ahora nos atañe, en un intento de responder a las críticas vertidas acerca del vigente modelo judicializado de protección a la niñez y la adolescencia, apuesta por avanzar hacia un régimen que podría calificarse como de mixto o intermedio, por el hecho de conjugar dos niveles diferenciados de intervención: uno de carácter administrativo –ubicado en sede local– y otro de naturaleza judicial –asignado a los Tribunales de Familia⁴⁸–.

Este proceso de desjudicialización –o administrativización si se prefiere– de los escalones primarios del sistema público de protección a NNA, y por esta razón la consecuente potenciación del papel de las administraciones locales por medio de sus servicios sociales, parece revelarse, *a priori*, y siempre que estas entidades de base local cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes, como la solución más ágil y eficaz para revitalizar el más que cuestionado modelo Sename de protección a la infancia y la adolescencia. Esta opción nos llevaría a evitar la necesidad de tener que acudir, en todo caso, a un procedimiento judicial excesivamente sobrecargado y que se muestra como claramente inoperativo en las situaciones no conflictivas que precisamente por no serlo enervan o hacen innecesaria la presencia de la citada autoridad.

En suma, un sistema mixto de protección que reserva para la autoridad administrativa (las Oficinas Locales de Niñez, en adelante OLN) la declaración de las situaciones de riesgo, amenaza o vulneración no grave de derechos, mediante el correspondiente procedimiento administrativo. De tal modo que las medidas de protección –administrativas– adoptadas por las OLN en ningún caso podrán significar la separación del NNA de su núcleo o contexto familiar, por el contrario, tal facultad sigue quedando exclusivamente reservada a la autoridad judicial para los casos de amenazas o vulneraciones graves de derechos a NNA⁴⁹.

Volviendo nuevamente a nuestro razonamiento, y aplicando la lógica que inspira el modelo proteccional mixto de la Ley de Garantías, es y será absolutamente imprescindible para que entre en funcionamiento la competencia especializada de carácter judicial, que se acredite que la persona menor de edad se halla, efectivamente, en una situación de grave amenaza o vulneración de sus derechos⁵⁰. De no ser así, serán las OLN las encargadas de asumir la protección administrativa especializada y evitar de este modo la sobrejudicialización del modelo; y es precisamente en este extremo que,

⁴⁸ RETAMAL, 2017, p. 52; LATHROP, 2014, pp. 207-208; y CARRETTA, 2014, pp. 481-495.

⁴⁹ RAVETLLAT, 2020, p. 315.

⁵⁰ Efectivamente, el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia entiende por vulneración grave de derechos o garantías de los niños, niñas y adolescentes la limitación o perjuicio severo de su desarrollo y bienestar, por cualquier circunstancia personal, familiar o social. De igual modo, el artículo 8 de la Ley 19.968, 2004, fija que corresponde a los Juzgados de Familia conocer y resolver (7) “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección”.

para alcanzar el mayor grado de armonización posible, sería deseable que el Proyecto de Ley Garantías al listar, de modo meramente ejemplificativo –*numerus apertus*–, cuáles se consideran, en cualquier caso, situaciones de amenaza o vulneración grave de derechos, incorporara –pues ahora no lo hace– la específica situación *de facto* en que se encuentran las personas menores de edad extranjeras no acompañadas o separadas de sus familiares. Tal circunstancia dotaría al sistema de una homogeneidad de la que actualmente carece por completo.

En igual medida, y para visibilizar como merece esta particular situación de vulnerabilidad, debiera contenerse en la Ley de Migración y Extranjería (artículo 1º dedicado a definiciones) una clara y expresa definición de la categoría de NNA extranjeros no acompañados y, acto seguido, hacer lo propio con la noción de NNA separados de sus familiares. Para resolver esta eventualidad proponemos tomar como referencia la conceptualización que de dichos términos ya efectuó el Comité de los Derechos del Niño en el 2005 en su Observación General nº. 6, en virtud de la cual, en primer lugar, se entiende por niños y niñas no acompañados “aquellos que se encuentran separados de ambos progenitores y otros parientes y no se hallan al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”⁵¹; y, en segundo término, por niños y niñas separados se comprende “aquellos que están separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de personas menores de edad acompañadas por otros miembros adultos de la familia”⁵².

IV. CONCLUSIONES

La manera de abordar las necesidades, tanto personales como legales, en que pueden encontrarse los NNA no acompañados o separados debe siempre realizarse desde un enfoque o perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia, pasando su estatus migratorio a ser valorado como un riesgo adicional a ser tomado en consideración. Las cuestiones y políticas migratorias no debieran, en ningún caso, ser utilizadas como herramientas o criterios válidos para determinar el rechazo de entrada o permanencia en el país de un NNA que arriba solo a nuestras fronteras.

En ese mismo orden de cosas, el Estado debe establecer legalmente un procedimiento de retorno asistido que asegure la protección del interés superior de NNA migrantes no acompañados, en conformidad con las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, así como disponer de los recursos requeridos para su implementación y garantizar la sensibilización de los actores institucionales que intervienen en ellos. La promulgación de la Ley N° 21.325 carente de dicha previsión normativa, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2021, preocupa tanto por el

⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005) párr. 7.

⁵² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005) párr. 8.

vacío normativo que genera como por la invisibilidad endémica que la niñez migrante sigue manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, sería importante que los diferentes cuerpos normativos que afectan el devenir diario de los NNA migrantes no acompañados o separados guardaran cierta coherencia y sistematicidad entre sí. En este sentido, defendemos la idea de considerar el procedimiento de retorno asistido de un NNA como una medida de protección acordada por un Tribunal de Familia únicamente para aquellos casos en que sea lo más adecuado de conformidad a su interés superior, respetando, claro está, todas las garantías jurisdiccionales y su derecho a ser escuchado.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy, 2019: “Vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes migrantes. El caso chileno”, en Pontificia Universidad Católica del Perú (editora), *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 299-315.
- ARLETTAZ, Fernando, 2017: “Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX Nº 1, pp. 179-203.
- ASTUDILLO MEZA, Constanza, 2020: “Criterios jurisprudenciales en el derecho de familia chileno para fundamentar la autorización para salir del país de niños, niñas y adolescentes y su relación con el principio del interés superior de éstos y con la familia extendida”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, Nº 39, pp. 397-407.
- BRAVO, Amaia; SANTOS, Irina; y DEL VALLE, Jorge, 2015: “Los derechos y garantías de los menores extranjeros no acompañados”, en Vicente (coordinador), *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 251-270.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2020: *Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial*, Santiago de Chile: Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, 2014: “La desformalización del proceso judicial de familia e infancia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 42, pp. 481-495.
- CARVACHO, Pablo, 2020: *Estudio exploratorio de caracterización de niños, niñas y adolescentes migrantes de América Latina y el Caribe y sus familias en Chile*, Santiago de Chile: Centro de Estudios Justicia y Sociedad.
- CEPEDA VALDÉS, Sebastián, 2019: “¿Es posible la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? Notas a propósito de la vulnerabilidad de la niñez migrante ante la jurisprudencia nacional de acciones de amparo del año 2019”, *Señales*, Nº 21, pp. 116-129.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017a: *Observación general conjunta núm. 22, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, de 16 de noviembre de 2017a*, Documento CRC/C/GC/22.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017b: *Observación general conjunta núm. 23, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017b*, Documento CRC/C/GC/23.

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2015: *Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado Chileno, 30 de octubre de 2015*, Documento CRC/C/CHL/CO/4-5.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005: *Observación general núm. 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1 de septiembre de 2005*, Documento CRC/C/GC/6.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, 2021: *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile, de 20 de abril de 2021*, Documento CRC/C/CHL/CO/2.
- CRENSHAW, Kimberlé Williams, 2012: “Cartografiando los márgenes, interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color”, en Raquel Lucas Platero (coordinador), *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Barcelona: Ediciones Bellaterra, pp. 87-122.
- DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2021: *Oficio n.º. 27/2021, de 15 de enero de 2021, remite opinión técnica sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados y Diputadas, respecto de los preceptos que indican del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería*.
- DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2019: *Oficio n.º. 127/2019, remite observaciones y recomendaciones institucionales relativas al Boletín 8970-06, Boletín 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería*.
- DUARTE QUAPPER, Claudio, 2012: “Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción”, *Última Década*, N° 36, pp. 99-125.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2021: *Ley N° 21.302. Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica*, Santiago de Chile: Infajus Ediciones.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2018: “Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28, pp. 1-50.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2015: “Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas”, *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado Universidad de Chile*, N° 8, pp. 155-184.
- GREEVEN BOBADILLA, Nel y VALENZUELA MUÑOZ, Verónica, 2019: *Manual para la intervención con niños, niñas y adolescentes en riesgo o vulnerados en sus derechos humanos*, Santiago de Chile: Academia Judicial de Chile.
- GODOY HENRÍQUEZ, Yasna, 2019: “El ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes irregulares en Chile” en Alexis Mondaca y Cristian (coordinadores), *Estudios de Derecho de Familia IV*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 101-114.
- KLENNER GUTIÉRREZ, Arturo, 2010: *Ingreso y salida de menores del país*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, 2014: “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp. 197-229.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 1997: *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados y separados solicitantes de asilo*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf> (Fecha de consulta: 12.04.2021).
- PANQUEVA OTÁROLA, Sonia, 2018: *Formas específicas de persecución infantil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, 2020: “Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del sistema”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 248, pp. 293-324.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, 2015: “La capacidad natural como criterio de determinación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos matrimoniales”, *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, N° 7, pp. 27- 41.

- RETAMAL RETAMAL, Alejandra, 2017: *Atención de la infancia vulnerable en Chile: diagnóstico sobre su institucionalidad y propuestas de mejoras*, Santiago de Chile: Cuadernos de Trabajo del Centro UC de la Familia, 1, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, 2008: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 84, pp. 251-283.
- SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAMME, 2010: *Programa de menores no acompañados y separados en Europa: Declaración de buenas prácticas*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4ccac66b2.html> (FECHA de consulta: 12.04.2021).
- SOLER SÁNCHEZ, Margarita y MARTÍN CUBAS, Joaquín, 2015: "Los derechos y garantías de los menores extranjeros no acompañados", en Vicente Cabedo (coordinador), *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23-51.
- YÁÑEZ ESPINOZA, Manuel, 2020: "Niñez y migración: Comentarios a la propuesta de reforma legal en Chile", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, Nº 19, pp. 32-46.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de enero de 2021, rol 9930-2020.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A Nº 21, de 19 de agosto de 2014.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 272, de 25 de noviembre de 2013.

Dictámenes del Comité de los Derechos del Niño

- S.M.A vs. ESPAÑA, 2018: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/40/2018
- B.G. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/38/2017
- M.B. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/28/2017
- R.K. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/82/D/27/2017
- M.B.S. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/26/2017
- M.B.A. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/83/D/24/2017
- J.A.B. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/81/D/22/2017
- M.T. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/82/D/17/2017
- A.L. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/81/D/16/2017
- D.D. vs. ESPAÑA, 2016: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/80/D/4/2016
- M.A.A. vs. ESPAÑA, 2015: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/73/D/2/2015

Normas e instrumentos citados

- CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Publicada en Chile el 27 de septiembre de 1990.
- CONVENCIÓN sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990. Publicada en Chile el 8 de junio de 2005.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile el 5 de enero de 1991.
- CONVENCIÓN sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951. Publicada en Chile el 19 de julio de 1972.

CONSTITUCIÓN Política de la República, publicada el 11 de agosto de 1980.

LEY N° 21.325, de Migración y Extranjería, publicada el 20 de abril de 2021.

LEY N° 21.302, de creación del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, publicada el 5 de enero de 2021.

LEY N° 20.430, sobre protección de refugiados, publicada el 15 de abril de 2010.

LEY N° 19.968, de creación de los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004

CIRCULAR N° 4, del Servicio Nacional de Menores, que informa de la política y procedimiento sobre la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, extranjeros o chilenos que se encuentren en el exterior, publicada el 2 de marzo de 2018.

CIRCULAR N° 16, del Departamento de Extranjería y Migración, que instruye sobre visación temporaria para niños, niñas y adolescentes, publicada el 26 de julio de 2017.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 119, que autoriza al Subdepartamento de Identificación, dependiente del Departamento Archivo General del Servicio, para otorgar número de Run a menores migrantes en situación irregular, previa orden de un Tribunal de Justicia, publicada el 17 de abril de 2017.

CIRCULAR N° 30.722, del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que elimina la aplicación de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes, publicada el 10 de septiembre de 2014.

ESPAÑA, REAL DECRETO N° 577, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicado en España el 20 de abril de 2011.

PROYECTO de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Boletín 10315-18.

