

**REFUGIADOS
EN CHILE:
ANÁLISIS DE
LA LEY 20.430 Y
SU REGLAMENTO***

* Capítulo preparado por Helena Olea, con la colaboración de Óscar Patricio Rojas, Víctor Hugo Lagos, María Soledad Molina y Nicole Camilli.

SÍNTESIS

Dos años después de la expedición de la Ley 20.430 y su reglamento, es pertinente evaluar los aciertos y falencias del marco normativo vigente. La legislación se destaca por contener una definición ampliada de refugiado y desarrollar en el ámbito interno el derecho internacional de los refugiados. Sin embargo, se constata, en la aplicación práctica, aspectos en que los procedimientos en fronteras y puntos de ingreso y el procesamiento de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, violan los mismos procedimientos y principios que la ley y su reglamento establecen. En el proceso de integración se observan también falencias administrativas que pueden corregirse y la necesidad de involucrar otros entes estatales.

PALABRAS CLAVE: asilo, refugiados, debido proceso, procedimiento.

INTRODUCCIÓN

A partir de 2010, Chile cuenta con un nuevo marco normativo en materia de protección a los refugiados. La Ley 20.430, promulgada al inicio de la administración de Sebastián Piñera, desarrolla en el ámbito interno las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile con la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,¹ el Protocolo sobre el Estatuto de la Refugiados² y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ en materia de derecho de asilo. Esta ley, cuyo proyecto fue elaborado y su tramitación impulsada durante el gobierno de Bachelet, tenía por objeto actualizar la legislación chilena y desarrollar un marco jurídico completo y actualizado en la materia. Esta inquietud legislativa obedeció también a la preocupación de algunos sectores del poder legislativo y ejecutivo por establecer condiciones bajo las cuales los refugiados pudieran recibir en Chile la protección que recibieron los chilenos que se vieron obligados a abandonar el país y buscar protección en otros durante la dictadura. Asimismo, se dio una discusión no menor en torno a la protección de los refugiados en Chile en el marco del Examen Periódico Universal y las recomendaciones formuladas y dirigidas a la aprobación de legislación en esta materia.⁴ Por todo lo anterior, resulta oportuno analizar cómo la aplicación práctica de

1 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137. En adelante, Convención de 1951.

2 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, del que tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), del 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V, a fin de que pudieran adherirse al Protocolo Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII, Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606, p. 267. En adelante, Protocolo de 1967.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En adelante, Convención Americana.

4 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, UN Doc. A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009.

dicha ley, junto con su reglamento, protegen y garantizan el derecho de asilo y la protección a los refugiados, y también evaluar si la solidaridad y generosidad internacional que recibieron los chilenos hoy se está retribuyendo a quienes buscan protección en Chile.

En años anteriores, este capítulo se ha referido a migrantes y refugiados. En esta oportunidad, se concentrará en los refugiados, con el ánimo de aportar elementos para el debate sobre el rol del Estado con respecto al ingreso al país y residencia de personas extranjeras en situaciones de vulnerabilidad. Esta discusión es particularmente atingente, considerando que funcionarios del gobierno han anunciado nuevamente que se presentará un proyecto legislativo sobre migración.⁵ El análisis de la respuesta estatal a personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad –que ofrece elementos para identificar los aciertos y falencias del tratamiento que el Estado ofrece a los extranjeros en general y a otros grupos que se pueden encontrar en situaciones similares– busca apuntar hacia los cambios en la interpretación y aplicación de las normas que son necesarios para garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de refugio ratificados por Chile. De otra parte, mientras que la discusión sobre migrantes es frecuente, la relativa los refugiados lo es mucho menos, a pesar de que el flujo de personas que intenta buscar protección en Chile se mantiene. Falta debate sobre el refugio en Chile. Este capítulo busca provocar el cuestionamiento y la reflexión sobre el tema.

La Ley 20.430 sobre la Protección de Refugiados y su reglamento (Decreto 837 de 2010) han permitido que en Chile se esté desarrollando de manera incipiente el derecho de los refugiados. Resulta interesante revisar su compatibilidad con los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y al derecho internacional de los refugiados. Este análisis permite determinar si el marco normativo cumple con los estándares internacionales y satisface adecuadamente la obligación de desarrollar legislativamente las obligaciones internacionales del Estado. Adicionalmente, es necesario contrastar el marco normativo con la aplicación práctica del mismo. La aplicación práctica es central para garantizar la protección de los derechos y el desarrollo de una institución de protección, como lo es el refugio. Interpretaciones restrictivas o el establecimiento de prácticas que no estén contempladas en la legislación, pueden repercutir en la violación de derechos y en el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado. De allí la necesidad de una observación permanente de la forma en que se lleva a cabo el procedimiento para el reconocimiento de la condición

5 XIV Jornadas Migratorias del Instituto Católico de Migraciones, Santiago, julio de 2012, Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI).

de refugiado en Chile. Por último, es relevante mencionar que se trata de un procedimiento administrativo, donde la potestad del Estado y sus funcionarios contrasta con la de los administrados, que, en este caso, son personas extranjeras que se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad por haberse visto obligadas a abandonar el país de su nacionalidad o residencia para proteger su vida, su libertad o su integridad personal. Por ello, el Estado debe esforzarse por llevar a cabo el proceso de asilo respetando los estándares del debido proceso.

Para responder a las preguntas enunciadas, este artículo utiliza información disponible en el sitio web del Departamento de Extranjería y Migración, material solicitado a través del ejercicio del derecho de acceso a la información y casos a los que tiene acceso en virtud del trabajo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.⁶ La Clínica permite al equipo de trabajo conocer de manera directa las necesidades de esta población y evaluar la respuesta estatal. El funcionamiento mediante entrevistas y trabajo con organizaciones que ofrecen atención psicológica y social, proporciona instancias para observar, interrogarse y considerar estrategias jurídicas. A su vez, la respuesta estatal a los recursos administrativos y judiciales presentados permite evaluar la eficacia de la protección judicial.⁷

El artículo se divide en cuatro secciones. En la primera, se ofrecen elementos para entender y considerar al refugio como una institución de protección desde la óptica del derecho internacional y su desarrollo normativo y práctico en Chile. En la segunda parte se analiza la definición de refugiado bajo la cual se trabaja en Chile para reconocer el derecho de asilo. A continuación, en la tercera sección, se describe y analiza el procedimiento para solicitar asilo y el procedimiento que termina con el reconocimiento de la condición de refugiado o el rechazo de la misma; en la cuarta parte, se consideran elementos de la integración de los refugiados en Chile que se relacionan directamente con la protección y garantía de sus derechos humanos, tales como el derecho a la no discriminación, al trabajo, a la salud, a la vivienda y a la educación, entre otros. A partir de lo anterior, se formulan conclusiones y recomendaciones.

6 La Clínica ofrece información, orientación y representación a personas que quieren solicitar a asilo, a las y los solicitantes de asilo, a las y los refugiados, y a las y los refugiados reaseantados en Chile. Este trabajo se realiza en el marco del curso de clínica jurídica, con la colaboración de alumnos de derecho y mediante el trabajo de investigadores.

7 La Clínica funciona como un curso obligatorio de la malla de derecho, para el cual hay varias opciones, entre ellas la clínica de migrantes y refugiados. Este programa clínico ofrece orientación, atención y representación a personas extranjeras y a chilenos que se encuentran en el exterior. Los alumnos manejan los casos de manera individual con la supervisión de ayudantes y de la profesora a cargo. En promedio, el volumen de causas abiertas es de 110 de migrantes y 80 de refugiados.

1. EL REFUGIO: UNA INSTITUCIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se adoptó en 1951 en el marco del espíritu de arrepentimiento posterior a la Segunda Guerra Mundial y del convencimiento de la necesidad de desarrollar instituciones internacionales para la protección de las personas, cuando los Estados nacionales no pueden o no quieren protegerlas. En 1967 se adoptó un Protocolo a dicha Convención, que tiene por objeto ampliar el marco de protección incluyendo no solo situaciones ocurridas hasta la fecha de su adopción, es decir, los refugiados de la Segunda Guerra Mundial, sino también nuevas situaciones que generan éxodos masivos o huidas individuales o familiares de personas que necesitan protección. El Estado de Chile ratificó la Convención el 28 de enero de 1972 y el Protocolo de 1967 el 27 de abril de 1972.

La tradición de Chile sobre el refugio se vio truncada en sus comienzos durante la dictadura, periodo en el cual Chile se convirtió en un país expulsor de nacionales y extranjeros. Luego del retorno a la democracia, de manera paulatina Chile se convirtió en un país de recepción de migrantes y refugiados. En los últimos diez años aumentó de manera significativa el número de solicitudes de asilo, a la vez se iniciaron programas de reasentamiento. Paralelamente a lo anterior, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados estableció una representación en el país que tiene por objeto asesorar al gobierno y apoyar los procesos de la sociedad civil para asistir a la población refugiada en el país.

El concepto básico de refugio es el ofrecer a una persona protección en un Estado cuando el de su nacionalidad o residencia le niega esa protección. La idea esencial de la Convención es establecer una obligación internacional de proteger a esas personas, que no pueda ser ignorada por un Estado en función de sus relaciones internacionales, intereses comerciales, geopolíticos o de otra índole.

La protección esencial que se ofrece a los refugiados se materializa en la no devolución, considerada un principio angular del derecho internacional de los refugiados, que ampara a una persona desde que solicita refugio y luego de que se le reconoce la condición de refugiada, durante todo el tiempo de su permanencia en el país.⁸ La garantía del principio de no devolución impide que una persona sea devuelta en el marco de un proceso migratorio o de extradición a un país –el de su nacionalidad o residencia– donde ella tema por su vida, libertad o seguridad. El principio de no devolución no solo está garantizado en la Convención de 1951, sino también en la Convención contra la Tortura.⁹

8 Art. 33 de la Convención de 1951.

9 Art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰ también consagra el principio de no devolución. Este último conlleva la posibilidad de denunciar violaciones a este elemento, lo que forma parte de la libertad de movimiento ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.¹¹

La Ley 20.430 consagra el principio de no devolución de manera amplia y detallada, garantizando que una persona no será devuelta y que tampoco se aplicará una prohibición de ingreso en su contra. Se trata de un elemento positivo de este cuerpo legal. La normativa sobre la expulsión y la no sanción por ingreso clandestino y permanencia irregular¹² complementa el principio de no devolución.

Un segundo principio esencial para la protección de los refugiados es el de la confidencialidad, que tiene por objeto proteger no solo el derecho a la privacidad sino también hacer más efectiva la protección que brinda el refugio, por cuanto muchas veces los refugiados aspiran a que se desconozca su paradero, para evitar futuras persecuciones en el país de acogida. Este es un elemento positivo que este principio se garantice en el texto legislativo.

Un tercer principio fundamental en la protección a los refugiados es la no discriminación, el cual es consistente con normas como la recientemente promulgada ley contra la discriminación¹³ y que debe interpretarse en concordancia con las demás obligaciones internacionales en materia de no discriminación, aplicando el principio *pro personae*.

Un cuarto principio que rige la protección de los refugiados es el de la reunificación familiar. Este es un elemento esencial protegido en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴ y también a nivel constitucional.¹⁵ La materialización de este principio conlleva a identificar un solicitante de refugio por familia –no necesariamente el o los jefes de familia– y tratar al resto de los miembros de la familia como dependientes del o la solicitante. La misma reunificación familiar debe garantizarse cuando, posteriormente al reconocimiento de la condición de refugiado, miembros de la familia ingresan a Chile y buscan acogerse a la situación migratoria de ese miembro de familia. Muchas veces, la reunificación familiar debe esperar a que el refugiado haya logrado un nivel de estabilidad económica y/o psicológica que le permita hacerse cargo de su familia.

conformidad con el artículo 27 (1).

10 Art. 22.8 de la Convención Americana.

11 Esto último es consistente con la integralidad de los derechos humanos y la posibilidad de acudir al sistema universal y regional de derechos humanos para denunciar violaciones al derecho internacional de los refugiados, siempre que ellas puedan enmarcarse en los derechos establecidos en el respectivo instrumento, según el marco de exigibilidad previsto.

12 Arts. 5 y 6 de la Ley 20.430.

13 Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

14 Art. 17 de la Convención Americana.

15 Art. 1 de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El reglamento en materia de refugio, Decreto 837, agrega otros principios tales como: la no sanción por ingreso irregular, que impacta en el procedimiento por lo que se analiza en la sección 3 de este artículo; el interés superior del niño y la niña, remitiendo expresamente a la Convención sobre los Derechos del Niño;¹⁶ y la gratuidad.

A continuación, se analiza el concepto de refugio que enmarca el ámbito de protección aquí descrito.

2. CONCEPTO DE REFUGIADO

La definición de refugiado empleada en la legislación es fundamental por cuanto puede restringir o ampliar la población objeto de protección. En tal sentido, es importante destacar el esfuerzo legislativo por establecer una definición contemporánea y consistente con las obligaciones internacionales del Estado de Chile. La definición de refugiado de la ley es amplia, lo cual repercute en abrir el rango de los sujetos protegidos por el marco jurídico. Ello merece ser reconocido y valorado como una buena práctica.

La Ley 20.430, en su artículo 2, define quiénes son refugiados en los siguientes términos. En el numeral uno se incluye la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de 1967,¹⁷ que incluye un elemento subjetivo y otro objetivo sobre el temor fundado de persecución por los cinco motivos señalados en la Convención: nacionalidad, raza, religión, opinión política y pertenencia a un grupo social, más dos requisitos adicionales: estar fuera del país de nacionalidad y no poder o querer solicitar protección en dicho Estado. La inclusión de la definición de la Convención de 1951 en exactamente los mismos términos es un primer rasgo positivo en pos de desarrollar a nivel interno las obligaciones internacionales.

El numeral segundo incluye la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984, reafirmada en el Plan de Acción de México,¹⁸ que constituye un esfuerzo, treinta años después de la adopción de la Convención, por desarrollar un concepto más amplio de refugio e incluir a las personas que no huyen como resultado de la persecución individual, sino de situaciones generalizadas en las que su vida, in-

16 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

17 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. Art. 2 n° 1, Ley 20.430.

18 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984; y "Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina", Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004.

tegridad personal o libertad corren peligro.¹⁹ La preocupación por y necesidad de ampliar la definición de refugiado obedecen a una visión pragmática que reconoce los factores y contextos en los que se producen los éxodos en masa y la búsqueda de protección en otro Estado bajo la figura del refugio. La definición ampliada por la Declaración de Cartagena contribuye también a evitar los efectos de interpretaciones restrictivas de la definición de la Convención, que excluye del refugio a personas que huyen para protegerse en contextos de agresión extranjera, conflicto armado, violencia generalizada, violación masiva de los derechos humanos y grave perturbación del orden público.

La adopción de la definición de la Declaración de Cartagena es muy positiva, ya que implica que el Estado chileno incluye dentro del ámbito de protección del refugio a personas que huyen por situaciones que inciden en la protección y garantía de su vida, integridad personal o libertad, y que no han sido víctimas de persecución individual. Estos elementos permiten ampliar la definición de refugiado a situaciones que ocurren en América Latina y el Caribe y que originan el éxodo de cientos de personas que ingresan a Chile buscando protección. Concretamente, hacemos referencia a situaciones que en la actualidad tienen lugar en Haití, Colombia, México y Venezuela.

La definición de refugiado incluye en el numeral 3 a los apátridas, quienes carezcan de nacionalidad y no puedan o no quieran regresar al país de su residencia habitual.²⁰ La inclusión de la apatridia dentro de los motivos por los cuales es posible solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado es consistente con la Convención de 1951, que lo incluye dentro de la definición de refugiado. No obstante, la consideración de apatridia como motivo de refugio es novedosa, teniendo en cuenta que Chile aún no ratifica las convenciones sobre apatridia de 1954 y 1961.²¹ Este es un elemento positivo, porque puede entenderse que el Estado de Chile reconoce la vulnerabilidad en que se encuentran las personas que carecen de nacionalidad y por ello está dispuesto a brindarles protección bajo la institución del refugio.

Si bien las situaciones de apatridia han disminuido, persisten situaciones en las que no se garantiza el derecho a la nacionalidad en Estados

19 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. Art. 2° 2, Ley 20.430.

20 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. Art. 2 n° 3, Ley 20.430.

21 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39, Serie Tratados de Naciones Unidas N° 5158, Vol. 360, p. 117. Convención para Reducir los Casos de Apatridia, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18, Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15, 1961.

en que impera el *ius solis*. En el contexto latinoamericano, persisten dos situaciones: la de las niñas y niños dominico haitianos, a quienes no se les reconoce la nacionalidad dominicana, lo que ha dado origen a un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;²² y el caso de los hijos de extranjeros transeúntes en Chile. Esto último es una excepción constitucional al reconocimiento de la nacionalidad en aplicación del principio de *ius solis*,²³ en virtud de la cual el Servicio de Registro Civil e Identificación y el Departamento de Extranjería y Migración han interpretado que toda persona que se encuentra en situación irregular es un transeúnte, pese a residir en el país. De esta forma, a muchos niños que nacen en Chile de extranjeros en situación irregular, se les niega la nacionalidad chilena y se les registra como “hijos de extranjero transeúnte”. Cuando los padres no pueden o no quieren registrarlos en su Consulado, estos niños viven y crecen en Chile como apátridas. Paradójicamente, pese a que el Estado chileno origina situaciones de apatridia, ofrece, en el marco de la ley de refugio, protección para los apátridas. La protección a los refugiados por apatridia debiera ser consistente con una interpretación restrictiva del concepto de transeúnte, de manera que no se generen casos de apatridia en Chile.

Por último, el numeral 4 incluye dentro de su definición a los refugiados “*sur place*”, es decir, a quienes no tenían la condición de refugiado al abandonar su país de nacionalidad o residencia, pero lo son por hechos posteriores a ello.²⁴ Este último elemento marca otro avance positivo, ampliando la definición de refugiado para reconocer que las personas pueden adquirir esa condición pese a encontrarse fuera de su país.

Lamentablemente, luego de la expedición de la Ley 20.430, no se observan cambios fundamentales en las resoluciones que reconocen o rechazan el refugio. Un avance que conllevaría desarrollar el derecho de los refugiados en Chile, sería que las resoluciones identificaran claramente por qué motivo se concede o niega el refugio, dentro de los cuatro numerales del artículo 2, y a su vez identificaran los motivos dentro de los señalados en los numerales 1 y 2. Se observa que las resoluciones son más precisas al establecer los motivos para negar el refugio, pero no lo son para indicar específicamente los motivos por los cuales se reconoce dicha condición.

Por último, es importante señalar que la Ley 20.430 establece, al igual que la Convención de 1951, por los mismos motivos y con exactamente las mismas palabras, las causales de exclusión, cesación, re-

22 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 23 Art. 10.1 de la Constitución Política de la República.

24 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. Art. 2 n° 4, Ley 20.430.

nuncia, cancelación y revocación de la condición de refugiado.²⁵ La solución legislativa de adoptar el mismo lenguaje de la Convención es loable en la medida en que permite ser consistente con los criterios de inclusión plasmados en la definición de refugiado.

3. DERECHO DE ASILO Y PROCESO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

En esta sección se desarrollan algunos elementos del proceso para la determinación de la condición de refugiado en Chile. A este respecto, resulta insuficiente analizar el desarrollo normativo del proceso, por lo que es necesario analizar su aplicación práctica.

Es importante considerar que algunas personas que buscan protección en Chile pueden ingresar como turistas; para ellas, el proceso se inicia cuando acuden al Departamento de Extranjería y Migración para solicitar el refugio. En cambio, hay otras personas a quienes no se les permite el ingreso porque no tienen visa consular, si es un requisito para su ingreso –como en el caso de los ciudadanos cubanos–, o porque no tienen el perfil de un turista, particularmente por no poder demostrar posesión de recursos económicos o la actividad económica que realizan en su país de origen. Para este segundo grupo el proceso para el reconocimiento de la condición de refugiado se inicia desde el punto fronterizo, donde deben convencer al funcionario de Policía de Investigaciones que son refugiados y que, por lo tanto, se les debe permitir el ingreso, para iniciar el procedimiento para el reconocimiento de su condición.

El proceso de refugio termina con la resolución que reconoce dicha condición o que la rechaza. El proceso de refugio también puede terminar por desestimiento. Esta opción ocurre en muchos casos por la falta de información sobre la protección que conlleva la institución del refugio o por la necesidad de resolver la situación migratoria con el propósito de avanzar en el proceso de integración. En caso de rechazo del refugio, el o la solicitante podrá permanecer el país como inmigrante, si ingresó de manera regular; si no lo hizo, se reactiva el proceso de expulsión por ingreso irregular.²⁶

3.1. No devolución

La garantía del principio de no devolución se materializa en la imposibilidad jurídica y práctica de que una persona sea devuelta al país del cual huyó. El principio de no devolución se hace efectivo en términos prácticos al garantizar a las personas que pueden permanecer en el país

25 Arts. 16, 17 y 18 de la Ley 20.430.

26 Art. 8, Decreto 837 de 2010.

de manera regular durante el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado y que no serán expulsados de este luego de que se les haya reconocido esa condición. El principio de no devolución conlleva también que dicho proceso tenga prelación sobre la sanción administrativa por ingreso irregular o un requerimiento de extradición por otro Estado.

En Chile se observa que el principio de no devolución se garantiza a quienes acceden al territorio nacional como turistas, para luego formalizar su solicitud de refugio. El Estado chileno les otorga una visa temporaria por ocho meses, que puede ser renovada mientras el procedimiento está en curso.²⁷ Al final del proceso, si se les reconoce la condición de refugiados, las personas reciben una visa de residencia permanente en el país.²⁸ El otorgamiento de una visa es insuficiente para garantizar el principio de no devolución, si esta puede ser revocada y la persona, expulsada. A partir de la información recopilada para este artículo, no fue posible identificar casos en que esto ocurriera, por lo que puede decirse que la no devolución está garantizada para las personas que se encuentran en esta hipótesis.

Sin embargo, el principio de no devolución se ve vulnerado en el contexto de quienes intentan ingresar como refugiados en los controles fronterizos. Muchas personas refieren a la Clínica de la UDP haber sido rechazadas en puntos de ingreso al territorio nacional, pese a indicar que su intención al ingresar a Chile era buscar protección. Estas personas eran nacionales de Cuba y Colombia, entre otros países.²⁹ Los rechazos de extranjeros en frontera no deben ser motivados y no queda registro de ello en el pasaporte o documento de viaje del extranjero. La práctica es tan frecuente que los mismos solicitantes de refugio describen que las empresas de transporte terrestre a través del paso fronterizo Colchane-Pisiga rehúsan llevar o cobran viaje de ida y vuelta a los colombianos afrodescendientes que contratan sus servicios, previendo que serán rechazados en la frontera.³⁰ Los relatos del rechazo en el control fronterizo en Arica-Tacna se repiten para muchos refugiados e inmigrantes en Chile. El rechazo en frontera a quienes solicitan protección o describen estar huyendo a causa de los motivos por los cuales se puede solicitar asilo, constituye una violación al principio de no devolución. Para afrontar esta violación, se debiera implementar capacitación de todos los funcionarios de la Policía de Investigaciones, como requisito para prestar funciones en los puntos de control fronterizo. Otra medida apropiada sería investigar las denuncias de violación al principio de no devolución.

27 Art. 42 de la Ley 20.430.

28 *Id.*, art. 45.

29 Información proporcionada por la Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP.

30 Esto por cuanto se observa en dicho paso fronterizo una alta tasa de solicitudes de refugio de colombianos afrodescendientes.

En la práctica, se observa un escollo adicional para los solicitantes de asilo en Chile, que repercute en la violación del principio de no devolución: la imposibilidad de iniciar el procedimiento porque sus solicitudes de refugio no son formalizadas. A este tema en particular, pese a estar directamente relacionado con la garantía de no devolución, se hará referencia más adelante de manera independiente, por la gravedad que reviste.

El principio de no devolución es particularmente importante en el caso de solicitantes de asilo o de refugiados que son formalizados por un delito (que afrontan un proceso penal), o que son condenados, o cuyo proceso termina por sobreseimiento o por salidas alternativas, como el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del procedimiento. En el marco de la legislación migratoria vigente, el Departamento de Extranjería y Migración puede iniciar un proceso de revocación de visa y ordenar el abandono del país de una persona extranjera que haya cometido un crimen o un simple delito.³¹ El principio de no devolución impide que estas personas estén sujetas a un proceso de expulsión, lo cual en la práctica se garantiza. No obstante lo anterior, el Ministerio Público y la Policía de Investigaciones omiten diferenciar, dentro de las personas extranjeras formalizadas, entre quienes son refugiados y solicitantes de asilo, y las y los migrantes en situación regular o irregular. En la práctica, esto significa que a todos ellos se les retienen los documentos de identidad y se omite considerar el principio de no devolución en el marco del proceso penal. A este respecto, es importante destacar, como una buena práctica, el trabajo adelantado por la Defensoría Penal Pública para capacitar a sus funcionarios en esta materia, tendiente a considerar de manera oportuna el principio de no devolución en el marco del procesamiento penal. Buena práctica que debiera imitar el Ministerio Público y la Judicatura.

Dentro del análisis de la garantía del principio de no devolución, es necesario mencionar que el Decreto 837 establece la imposibilidad de solicitar asilo a quienes se encuentran sujetos a una orden de abandono o de expulsión. Deberá suspenderse o dejarse sin efecto dicha medida, para que puedan solicitar asilo y se les garantice el principio de no devolución.³² En la práctica se observa que, quienes están sujetos a estas medidas, no logran que esta quede sin efecto, de manera que puedan solicitar protección alegando que son refugiados. Esta situación genera limitaciones importantes, en particular para los refugiados *sur place*, en relación con la definición ampliada de refugio de la Declaración de Cartagena. En el marco de su trabajo, la Clínica de Migrantes y Refugiados ha tenido conocimiento de casos de personas

31 Arts. 63.2, y 64.1, en relación con los arts. 15.2 y 15.3 y 16.1 del Decreto Ley 1.094 de 1975.

32 Art. 32 del Decreto 837 de 2010.

residentes en Chile que fueron expulsadas como consecuencia de un proceso penal o una condena en su contra, quienes intentaron solicitar el reconocimiento de la condición de refugiados en consideración a la situación de inestabilidad política y social en sus países de origen (se trataba de ciudadanos colombianos, y sirios).³³ A estas personas se les impidió acceder al procedimiento de asilo, violando el principio de no devolución, pese a haber interpuesto recursos de reclamación contra la orden de expulsión ante la Corte Suprema³⁴ y haber presentado recursos de amparo.

3.2. Formalización de la solicitud de refugio

Al considerar las dificultades en materia de formalización de las solicitudes de refugio resulta relevante su relación con la garantía del derecho de asilo y el principio de no devolución. Se estima necesario analizar este aspecto crucial de manera independiente, por cuanto determina quiénes logran acceder al proceso de refugio y quiénes no. Las negativas violan el derecho de asilo.³⁵

La primera etapa del proceso de refugio es la presentación de la solicitud. La ley establece que la o el refugiado debe presentar la solicitud en las oficinas del Departamento de Extranjería y Migración.³⁶ El reglamento exige la formalización de la solicitud como un requisito para la presentación de la misma.³⁷ En la práctica, esta adición ha permitido a los funcionarios agregar un paso práctico adicional: la persona narra la historia de refugio, responde a las preguntas formuladas y la o el funcionario del Departamento de Extranjería y Migración decide si le entrega o no el formulario donde puede consignar su solicitud de refugio y entregarla, logrando así formalizarla. Es decir, en la prácticas se ha creado un requisito adicional para formalizar la solicitud: la decisión del funcionario de entregar o no el formulario.

La interpretación que ha desarrollado y puesto en práctica el Departamento de Extranjería y Migración es contraria a derecho y constituye una violación al derecho de asilo. Al establecer un procedimiento irregular e ilegal para formalizar una solicitud de refugio, se limita el número de quiénes pueden solicitar refugio. La ley y el reglamento no establecen un requisito adicional, por lo que el procedimiento establecido hace nugatorio el derecho de asilo y compromete la responsabilidad del Estado por violación de la Convención de 1951 y la Convención Americana. Además, este requisito extralegal conlleva

33 Información suministrada por la Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP.

34 Art. 89 Decreto Ley 1.094 de 1975.

35 Art. 22.7 de la Convención Americana.

36 Arts. 26 - 28, Ley 20.430.

37 Art. 36, Decreto 837 de 2010.

prácticas discriminatorias, por cuanto son las personas con un menor nivel de instrucción las que tienen mayores dificultades para plantear de manera coherente el motivo de persecución o que se encuentran viviendo una situación enmarcada en la Declaración de Cartagena, lo que genera mayores dificultades para que los funcionarios estatales les permitan formalizar la solicitud. A quienes no les permiten formalizar la solicitud, se les indica que no son refugiados y que deben intentar regularizar su permanencia en Chile como inmigrantes. Varias personas refugiadas narraron a la Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP la imposibilidad de lograr formalizar su solicitud de refugio, pese a su insistencia, a haber acudido en varias oportunidades e incluso a haber presentado solicitudes por escrito, dando cuenta de los hechos que sustentan su necesidad de protección.

En julio de 2011, la Fundación Ciudadano Inteligente presentó una solicitud de información al Ministerio del Interior preguntando por el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, las razones para negar a una persona el ingresar a este procedimiento y el rol del gobernador en él. En la respuesta, el Ministerio reiteró el marco normativo vigente y afirmó que toda solicitud debe tramitarse de acuerdo a dicho marco. El rol de los gobernadores es el de tomar conocimiento de las solicitudes presentadas en las gobernaciones provinciales.

Esta respuesta reafirma que el procedimiento establecido en el Departamento de Extranjería no tiene sustento legal. Es necesario que se revise la práctica actual de manera que esta sea acorde con el marco normativo y con las obligaciones internacionales del Estado de Chile. Establecer requisitos extralegales para limitar el número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado no es la forma de desincentivar o de controlar y resolver las solicitudes sin fundamento.

3.3. Consideración a situaciones particulares

Es relevante considerar que la no discriminación conlleva establecer diferencias de trato cuando las personas se encuentren en situaciones que ameritan un tratamiento diferenciado. De lo contrario, se estaría tratando de manera similar a quienes se encuentran en situaciones diferentes. La Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP da cuenta de casos en los que se omite considerar la situación de salud mental del solicitante de refugio. Muchas veces se cuestiona la credibilidad de un solicitante y no se le permite formalizar la solicitud de refugio, omitiendo considerar que sufre de un cuadro de estrés post traumático que le impide expresar sus emociones, asumiendo que no asiste a una entrevista por falta de interés y no por sufrir de depresión, o que sufre de un nivel importante de inmadurez psicológica, entre otros.

3.4. Reunificación familiar y protección del interés superior del niño y la niña

Muchos de los solicitantes de asilo ingresan a Chile solos, para, en un momento posterior, viajar los miembros de su familia a reunirse con ellos. La Ley 20.430 establece el criterio para reconocer la protección bajo la figura de reunificación familiar, consistente en la existencia de un genuino vínculo de dependencia, y las costumbres y valores sociales y culturales de sus países de origen. En el trabajo de la Clínica de Migrantes y Refugiados se han identificado casos en los que se ha negado la reunificación familiar de hijos de solicitantes de asilo por considerar que son mayores de edad o en virtud al número de años en que madre e hijos han vivido en lugares diferentes. Estas decisiones son contrarias a la protección al principio de la reunificación familiar y a la protección del interés superior del niño y la niña, y constituyen a su vez una violación a la protección constitucional e internacional de la familia y la unidad familiar. El criterio imperante debiera ser el considerar que, a partir de la ausencia de la madre o padre, o los dos, los niños han tenido la necesidad de crear vínculos de dependencia afectiva y económica con otros adultos, a cuyo cargo hayan quedado. La resiliencia de estos niños no debiera castigarse más adelante negándoles la reunificación familiar con sus padres.

Asimismo, se observa que dada la dilación con la que se tramitan las solicitudes de refugio, incluso aquellas de reunificación familiar –que debieran tener un procesamiento más expedito–, en algunos casos los niños adquieren la mayoría de edad en el curso del proceso. La Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP refiere que, en algunos casos, esta mayoría de edad y el desarrollo de una actividad económica propia han sido considerados como argumentos para negar la reunificación familiar a jóvenes que apenas inician su vida adulta. Para efectos de garantizar la reunificación familiar, debiera considerarse que estos adultos jóvenes continúan necesitando el acompañamiento, guía y protección de sus padres.

A este respecto, resultará relevante la Opinión Consultiva OC-21, actualmente en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la protección de la unidad familiar en el contexto de la migración. Esta opinión consultiva ofrecerá criterios que deberán considerarse en la evaluación de solicitudes de refugio por reunificación familiar.

3.5. Ayuda administrativa e información

Pese a que el marco normativo desarrolla este elemento e insiste en la importancia de ofrecer ayuda administrativa e información, se observan algunas deficiencias en este aspecto. En particular, las personas a quienes se les reconoció la condición de refugiado antes de la adopción

del marco normativo actual y que tenían visa de residencia temporaria, han afrontado grandes dificultades para recibir la visa de residencia definitiva, según lo establece la nueva ley. Pese a la expresa derogación de las normas vigentes hasta la fecha en materia de refugio, no se estableció un procedimiento mediante el cual dichas personas recibieran una visa de residencia definitiva. Estos refugiados afrontan esperas de más de un año para recibir la visa. Este retraso administrativo es particularmente grave porque demora otros elementos de su proceso de integración en Chile, para los cuales se requiere del documento de residencia definitiva.

Otros aspecto problemático del procedimiento es la exigencia de elementos probatorios. Muchos de los solicitantes de refugio tienen grandes dificultades para presentar pruebas documentales sobre la persecución vivida o la situación que se enmarcaría en la definición de la Declaración de Cartagena. En este aspecto, la asistencia jurídica, el acceso a información y la atención de salud mental pueden ser esenciales para obtener elementos que contribuyan a evaluar adecuadamente las solicitudes de refugio.

3.6. Confidencialidad

El Ministerio del Interior ha tenido dificultades para compatibilizar el principio de confidencialidad establecido en la ley de refugio y en el decreto reglamentario,³⁸ con la obligación de transparencia activa. De manera inexplicable, es posible encontrar en el sitio web del Ministerio del Interior resoluciones de otorgamiento y rechazo del refugio, de concesión o renovación de visas temporarias a solicitantes de refugio, y de otorgamiento de visas definitivas a quienes se ha reconocido como refugiados bajo el marco legal anterior. La protección de la confidencialidad debiera repercutir en que dichas resoluciones no se encuentren disponibles en la web.

4. INTEGRACIÓN DE LOS REFUGIADOS EN CHILE

El reglamento de la ley de refugio establece que el Ministerio del Interior debe cumplir un rol coordinador en materia de integración de la población refugiada. El Ministerio ha concentrado en el Departamento de Acción Social (en adelante, DAS) la entrega de auxilios económicos, a través de organizaciones de la sociedad civil que atienden a la población refugiada. Estos auxilios económicos son muy útiles porque permiten a los refugiados paliar las dificultades del proceso de integra-

38 Id., art. 9.

ción. Por ello es importante reconocer y felicitar los esfuerzos estatales por ofrecer estos aportes económicos.

No obstante lo anterior, las personas refugiadas entrevistadas indican que, durante el primer semestre de 2011 y en el mismo periodo de 2012, las agencias implementadoras no contaron con los recursos del DAS, por lo que no se entregó la asistencia económica. Algunas de estas situaciones afectaron a personas que no podían trabajar por encontrarse en tratamientos de salud mental o que carecían en su totalidad de medios de subsistencia. Esta dificultad presupuestal debe superarse porque incide negativamente en el proceso de integración de los solicitantes de refugio y refugiados. Es importante recordar que los fondos del gobierno permiten sufragar gastos de manutención, atención psiquiátrica y psicológica, y medicamentos, entre otros, y por ende debieran estar disponibles durante todo el año.

El Ministerio de Desarrollo Social cuenta con herramientas legales y personal que serían más adecuados para cumplir el rol de coordinación y de dirección de las políticas sociales para la integración de las personas refugiadas. Los refugiados, al igual que resto de los extranjeros radicados en el país, deben tener cinco años de permanencia definitiva para solicitar un subsidio de vivienda. Se constatan también dificultades para acceder a la educación superior, por lo que debieran considerarse políticas diferenciadas de acceso a la educación.

Pese a los esfuerzos realizados en los últimos años, la atención en salud mental continúa siendo deficiente. Los solicitantes de refugio entrevistados destacaron la dureza e intensidad de las entrevistas de elegibilidad y no haber recibido atención psicológica luego de ellas, pese a que los obligaban a revivir experiencias traumáticas. Actualmente, los programas de asistencia social a refugiados en Santiago cuentan con psicólogos o trabajan con otras instituciones universitarias que ofrecen atención en salud mental a los solicitantes de asilo y a los refugiados, tales como el Programa Prisma de la Universidad Alberto Hurtado. Sin embargo, en el resto del país, la atención en salud mental no está incluida en los programas de atención a la población refugiada. Este es un elemento al que debe prestarse especial atención, incluyendo la colaboración del Ministerio de Salud.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El refugio es una institución dirigida a proteger a las personas que debieron abandonar su país de nacionalidad o residencia porque temen que su derecho a la vida, a la integridad personal o a la libertad sea violado. El marco jurídico en esta materia establece una serie de

principios que deben desarrollarse en el procedimiento y que deben guiar la interpretación y acción del Estado de Chile. Estos principios son: no devolución, confidencialidad, no discriminación, reunificación familiar, no sanción por ingreso irregular, interés superior del niño y la niña, y gratuidad. Resulta loable que un país con una reciente tradición de asilo desarrolle un marco legislativo contemporáneo acorde con el derecho internacional de los refugiados, que incluya una definición ampliada del concepto de refugiado.

En el procedimiento se identifican elementos importantes que merecen atención, tales como la garantía y protección del principio de no devolución, y los obstáculos que impiden la formalización de las solicitudes de refugio, dejando a muchos refugiados sin la posibilidad e ingresar al procedimiento. Esta última es la mayor falencia en la garantía del derecho de asilo en Chile. Otros elementos discutidos incluyen la consideración de situaciones particulares, la reunificación familiar, el acceso a información y ayuda administrativa, y la garantía de la confidencialidad del refugio.

En el proceso de integración se describe la necesidad de involucrar a entes estatales que estén directamente vinculados con la focalización de las políticas sociales y considerar la atención en salud mental como un componente esencial.

Por ello, se recomienda al Estado de Chile:

1. Capacitar a los funcionarios públicos sobre la protección de los refugiados e identificar, de manera práctica y completa, diversas formas en que se puede brindar esa protección, según el ámbito de funciones y competencias de éstos.
2. Capacitar a los funcionarios del poder judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y la Policía de Investigaciones sobre la aplicación del principio de no devolución y el principio de no discriminación.
3. Investigar disciplinariamente los rechazos en frontera de personas que solicitaron el ingreso alegando que son refugiados.
4. Eliminar del sitio web del Ministerio de Interior las resoluciones relativas a solicitudes de refugio, tanto las que otorgan y niegan el refugio como las que otorgan visa temporaria o definitiva en función de dicha condición.
5. Desarrollar elementos de diagnóstico más efectivos para evaluar la situación de salud mental de los solicitantes de asilo y así procesar adecuadamente la información que otorgan en la entrevista. Promover el desarrollo de programas de atención en salud mental para los refugiados y solicitantes de refugio.
6. Procesar de manera expedita las solicitudes de reunificación familiar; considerar que los jóvenes necesitan de sus padres para

continuar su proceso de formación y desarrollo; y evaluar los vínculos de dependencia económica y afectiva, considerando que el desarrollo de vínculos con otros adultos no significa que esos menores de edad no necesitan de sus padres.

7. Mantener la asistencia económica para los solicitantes de asilo y refugiados en Chile entregada a través del Departamento de Acción Social. Revisar los procedimientos administrativos entre el Departamento de Acción Social y las organizaciones que prestan asistencia social a los refugiados y solicitantes de asilo, para canalizar la entrega de los fondos del gobierno de Chile, de manera que se pueda ofrecer asistencia económica durante los doce meses del año.
8. Involucrar al Ministerio de Desarrollo Social, en la definición y ejecución de las políticas de integración a la población refugiada, y al Ministerio de Salud en materia de salud mental. Considerar la modificación del Decreto 837 para incluir esta dependencia.
9. Eliminar las trabas y requisitos extralegales que pone en práctica el Departamento de Extranjería y Migración y que repercuten en la no entrega del formulario, lo cual impide que toda persona pueda iniciar el proceso de reconocimiento de la condición de refugiada, formalizando su solicitud.
10. Apoyar el trabajo de los programas universitarios de salud mental y promover otras alternativas, de manera que todos los solicitantes de asilo y refugiados en Chile reciban atención en salud mental adecuada y oportuna. Considerar el estado de salud mental de un solicitante de asilo para determinar si puede ser entrevistado, evaluar el contenido de las respuestas y ofrecer apoyo psicológico luego de la entrevista de elegibilidad.
11. Agilizar los procesos de expedición de visa de residencia definitiva a los refugiados que recibieron visa temporaria en el marco de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 20.430. Mejorar el acceso a información de los solicitantes de refugio.