



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

# **APROXIMACIÓN AL DERECHO A SOLICITAR REFUGIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE**

**Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**AUTOR:**

DOMINIQUE ABARCA CALQUÍN

**PROFESOR GUÍA:**

SERGIO CORTÉS BELTRÁN

Santiago, Chile

2022



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	1
RESUMEN .....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. ....	9
NIÑEZ MIGRANTE.....	9
1. CARACTERIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. ....	9
2. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN CHILE.....	15
CAPÍTULO II. ....	19
LA INSTITUCIÓN DE REFUGIO.....	19
1. CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE NEW YORK DE 1967, SOBRE EL ESTATUTO DE REFUGIADOS. ....	19
2. EL CONCEPTO DE REFUGIADO EN LA CONVENCIÓN DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967.....	20
2.1 Aplicación del concepto de Refugiado. ....	20
2.2 Definición del Concepto de Refugiado.....	22
2.3 Definición Ampliada del concepto de Refugiado de la Convención de Ginebra: Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. ....	25
3. MOTIVOS DE PERSECUCIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE ACUERDO A LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951. ....	27
3.1 Raza. ....	27
3.2 Religión.....	29
3.3 Nacionalidad.....	30
3.4 Pertenencia a un determinado grupo social. ....	31
3.5 Opiniones políticas. ....	33
4. CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. ....	34
5. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.....	35
CAPÍTULO III. ....	38
EL DERECHO A SOLICITAR REFUGIO Y ASILO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL .....	38
1. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.....	38
2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.....	39
3. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS .....	40
4. PACTOS DE NUEVA YORK O PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	41
4.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. ....	42

4.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ....	42
5. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	43
6. OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ....	45
6.1 Observación general núm. 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen. ....	45
6.2 Observación general núm. 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia. ....	47
6.3 Observación general núm. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. ....	48
6.4 Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. ....	49
6.5 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. ....	51
6.6 Observación General conjunta núm.3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y núm.22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. ....	52
6.7 Observación General conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño 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.....	55
7. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ....	57
7.1 Opinión Consultiva OC-17/02: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. ....	57
7.2 Opinión consultiva OC-21/14: Derecho y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.....	60
CAPÍTULO IV. ....	63
PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN CHILE .....	63
1. LEY NRO. 20.430. ....	63
2. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO. ....	67
2.1 Manifestación de ingresar al Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. ....	68
2.2 Formalización de la Solicitud de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.....	69
2.3 Entrevista de Elegibilidad. ....	71
2.4 Análisis e Intervención de la Secretaría Técnica y la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. ....	72
2.4.1 La Secretaría Técnica.....	73
2.4.2 La Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. ....	73

2.4.2.1 Valoración de la prueba por la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. ....	74
2.5 Decisión de la Subsecretaria del Interior. ....	75
3. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	76
3.1 Manifestación de ingresar al Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. ....	76
3.2 Formalización de la Solicitud de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.....	77
3.3 Entrevista de Elegibilidad. ....	79
3.4 Valoración de la prueba por la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. ....	81
3.5 Decisión de la Subsecretaria del Interior. ....	81
4. DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SOLICITAR REUNIFICACIÓN FAMILIAR. ....	82
CONCLUSION. ....	85
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	90

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi amigo y mentor, Pedro Contreras Herrera, quien confió en mis capacidades e iluminó mi camino en el derecho. Por querer guiarme constantemente compartiendo sin recelo su sabiduría.

A Javier Villagrán, por estar incondicionalmente con todo su amor siempre que lo he necesitado. Por comprender cariñosamente mi tiempos y procesos, resistiendo junto a mí las horas más amargas y celebrando genuinamente cada triunfo.

A Lorena Villagrán, por toda su ayuda y lucidez para afrontar el derecho en momentos cruciales, estando dispuesta a desafiar sus propios conocimientos y habilidades. Por las conversaciones llenas de intensidad para una mejor niñez, y por sobre todo, por su calurosa amistad.

Finalmente, a mi profesor guía, Sergio Cortés Beltrán, por otorgarme el espacio y la oportunidad para desarrollar la temática de la niñez refugiada y migrante en Chile. Por su enorme disposición y celeridad en todo este proceso.

## **RESUMEN**

El presente trabajo pretende efectuar una aproximación al derecho de solicitar refugio de los niños, niñas y adolescentes migrantes en nuestro país, para lo cual busca analizar la normativa aplicable y evaluar su desempeño práctico, poniendo énfasis en la consideración que debe tenerse de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

Para materializar este objetivo, se efectúa una caracterización de los procesos migratorios de niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, el deber de los Estados, y en particular la situación que se vive en el contexto migratorio nacional.

Luego, se abordará en particular la institución de refugio, haciendo una revisión de los principales instrumentos internacionales pertinentes sobre la materia, una exposición de la definición del concepto refugiado y sus elementos, así como un análisis del Principio de No Devolución.

Posteriormente se expondrá una secuencia cronológica respecto al desarrollo del derecho a solicitar asilo y refugio de niños, niñas y adolescentes. En este contexto el trabajo toma posición respecto a la distinción entre los conceptos de asilo y refugio.

Hecho esto, el trabajo profundiza en la Institución de Refugio en Chile, procediendo a señalar los principales aspectos del Procedimiento y la aplicación que recibe respecto de niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, se sistematizan orientaciones, directrices e instrucciones referentes a los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración, con el fin de contrastar aquellas con la normativa nacional referida a la institución de refugio y las carencias que exhibe en la práctica.

## INTRODUCCIÓN

Hasta finales del siglo XVIII se consideraba que niños, niñas y adolescentes poseían las mismas responsabilidades y obligaciones laborales que los(as) adultos, sin embargo, a comienzos del siglo XIX, los filósofos Rosseau y Locke comenzaron a denunciar las precarias condiciones en las que niños y niñas se encontraban, llamando a los Estados a asumir su protección (Jans, 2004). Desde ese momento, la niñez adquiere un cambio de perspectiva, tornándose en un periodo de capacitación para la vida adulta. En este sentido, no es extraño que las primeras miradas sobre la niñez se encuentren en su futuro y no en su situación presente.

Asimismo, se ha relacionado a la niñez con la “infancia”. Etimológicamente este concepto tiene su origen en el latín *infantia* y se define como la discapacidad para hablar o poseer voz (Pavez-Soto, 2017), de esta forma, *infancia* deriva de una construcción histórica, social y cultural que enmarca las relaciones, vinculando de forma estrecha la edad y el “poder” (Pavez-Soto, 2017). De igual manera, se ha utilizado el adjetivo comparativo *menor*, entendiéndose este como aquel “que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad” (RAE, 2021) o que es “menos importante con relación a algo del mismo género”. Desde esta definición se ha denominado a niños y niñas en la tradición Latinoamericana, la cual colaboró en la necesidad Estatal y normativa de diferenciar a los(as) “niños(as)” de los(as) “menores”, encasillando a estos últimos como aquellos niños, niñas y adolescentes que estarían al margen de toda institucionalidad por haber cometido algún hecho ilícito, haber sido abandonados, haber experimentado abusos, entre otros (Velazquez, 2015).

Ambos conceptos, infancia y menor, han caracterizado a niños y niñas como sujetos pasivos.

Ya en siglo XX, la Convención sobre los Derechos del Niño (1889) define en su artículo 1 al niño o niña como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que se le sea aplicable haya alcanzado la mayoría de edad” (ONU, 1989) incluyéndose a los(as) adolescentes. Lo anterior, trae aparejado un gran cambio de paradigma, pues en esta nueva concepción niños, niñas y adolescentes pasan a ser normativamente sujetos de derechos y cuidados en razón de su edad, abriendo espacio a su desarrollo en torno al lugar que ocupan en sus familias, su protagonismo y sus vinculaciones como actores esenciales al interior de la sociedad.

La máxima de que niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos es el fundamento estructural de la Convención, y desde ahí deben ser definidos todos sus derechos. Reconocer a los niños y las niñas



como sujetos titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, ha significado equipararles al resto de las personas naturales, sin que ello implique ignorar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, circunstancias que les permiten exigir una protección en miras al fortalecimiento de su crecimiento y un enfoque en sus necesidades. Esta nueva mirada holística e integral de la niñez desafía a los Estados a armonizar sus legislaciones en observancia a la Convención, asumiendo un rol de garante permanente y efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, la Convención reconoce la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, esto es, la capacidad que tienen para ejercer por cuenta propia sus derechos y tomar decisiones en consonancia a su edad y madurez, dando por superada la idea de que son exclusivamente los padres o los(as) adultos responsables de su cuidado quienes ejercen poder sobre ellos(as) en tanto no poseen capacidad y/o autonomía.

En el ámbito de los estudios sociales sobre la infancia -específicamente la Sociología de la Infancia-, se establece una vinculación entre la autonomía progresiva y la *capacidad de agencia de niños y niñas*, siendo entendida esta última como la capacidad que tienen niños, niñas y adolescentes para: ejercer sus derechos; decidir y actuar; producir experiencias y conocimientos; generar estrategias de resistencia; ejercer acciones dentro de la sociedad; involucrarse en asuntos que les afectan directa e indirectamente; y, crear comunidad en los espacios que habitan junto a otros(as), todo desde su propia iniciativa (Pavez-Soto, 2017).

De este modo, es menester relacionar la agencia y el contexto, encontrando dentro de este la migración.

Cuando los niños y niñas se encuentran dentro de un proceso migratorio su capacidad de agencia se materializa en la posibilidad de tomar decisiones que inciden en la elaboración y la proyección de su movilidad, ya sea que estos(as) migren solos(as) o lo hagan acompañados(as). Lo anterior, devela la constante transformación en que se encuentra la niñez, pues la migración confirma determinadas formas de ejercer agencia, incidiendo significativamente en sus vivencias cotidianas, condiciones y experiencias de vida.

Estos cambios de entendimiento en torno a la niñez se han concretado en las últimas décadas no sólo a través de una mayor protección en el derecho internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes, sino que también, a través de una mayor observación y preocupación de lo que implica el proceso migratorio para ellos(as), constituyéndose como una situación en que sus derechos se encuentran altamente comprometidos. De esto, se ha dilucidado que los distintos escenarios en que niños y niñas se pueden ver situados (conflictos armados, la violencia intrafamiliar, la falta de acceso a servicios básicos en conformidad a su edad, la persecución con motivo de raza, religión, nacionalidad, la pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, o tan sólo por su condición de niños), han aumentado su susceptibilidad.

Desde la sociología y la antropología se han resaltado tres tendencias generales en relación a la migración de niños, niñas y adolescentes (Centro de Estudios Justicia y Sociedad, Colunga, Wolrdvision, & UNICEF, 2020): su exclusión generada por la discriminación donde se concentran estereotipos y prejuicios; una aceptación pasiva, lo que impactaría directamente en sus procesos y desarrollo; y, por último, una fomentación pasiva de redes y recursos.

En este sentido, la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM) señala cinco razones fundamentales para otorgar protección especial a niños y niñas migrantes, a saber: son sujetos independientes, miembros del género humano y por ende no son propiedad ni del Estado ni de sus familias; sólo en el comienzo de sus vidas son seres absolutamente dependientes de los(as) adultos - sea su núcleo familiar, el Estado o la sociedad-, mismos que deben proporcionarles un cuidado adecuado; los gobiernos tienen tal influencia y repercusión en la infancia, que las medidas adoptadas en favor de esta deben estar sobre las de cualquier otro grupo social; dentro de los procesos políticos las opiniones de los niños y las niñas no se escuchan, por lo tanto, no se les consideran en los temas que les afectan directamente; los cambios que se van generando dentro de la sociedad tienen repercusiones negativas y sumamente desmesuradas para la infancia, por lo que garantizar su sano desarrollo es fundamental para el presente y futuro de una sociedad (OIM, 2016). Por lo tanto, la preocupación por la situación de niños y niñas migrantes, no solo debe sustentarse en una mirada en la que subyace un interés únicamente por su situación a futuro, sino que también la urgencia por comprender que todos(as) los niños y niñas migrantes son agentes que contribuyen a la construcción de una nueva comunidad internalizando, reinterpretando y reapropiando hábitos, prácticas que transforman la cultura.

Así, el Capítulo I de esta tesis busca caracterizar los procesos migratorios de niños, niñas y adolescentes, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y el deber de protección que los Estados tienen para con estos(as); para luego, situarlos dentro del contexto migratorio nacional, realizando un análisis estadístico sobre el ejercicio de su derecho a solicitar refugio.

En relación a esto último, si bien no podemos dudar que históricamente el ser humano ha migrado para resguardar su vida e integridad a causa de persecuciones y/o conflictos armados, sólo desde comienzos del siglo XX los masivos éxodos de refugiados llamaron la atención de la comunidad internacional tras las consecuencias de las sucesivas Guerras Mundiales, o, como lo manifiesta la profesora María Teresa Ponte “tras la revolución soviética y la Primera Guerra Mundial con sus epílogos comenzaron a aparecer las primeras personas en situación de refugiados” (Iglesias, 2002). Con el fin de evitar una situación de la misma envergadura, la Sociedad de las Naciones fijó bases para que los Estados intervinieran en favor de los(as) refugiados, lo que dio paso a la creación de instrumentos internacionales para su protección. Estos, se justificaron ante la necesidad de suplir la carencia de ayuda y atención por parte de los Estados de origen de los(as) refugiados, así como también, por la búsqueda de una normativa que aliviara la carga a los Estados receptores y las Organizaciones humanitarias.

Progresivamente, los Estados comenzaron a flexibilizar las políticas proteccionistas que tenían como fin frenar la llegada de migrantes y defender los bienes del estado-nación, avanzando hacia la configuración de excepciones humanitarias que otorgaran a los(as) refugiados derechos básicos. Los primeros intentos internacionales para promover su defensa se gestaron entre 1921 y 1946, sin embargo, el mayor problema de estos fue la falta de participación y adhesión de los Estados. Lo anterior, dio cabida a la creación de diversos órganos internacionales para reforzar el trabajo que ya se había realizado en años anteriores, destacando entre ellos la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados (en adelante ACNUR<sup>1</sup>), siendo hasta el día de hoy una de las principales organizaciones humanitarias para brindar ayuda y amparo a personas refugiadas.

---

<sup>1</sup> El ACNUR fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1949, mediante la resolución 319-IV, asumiendo la función de “proporcionar protección internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas a los refugiados comprendidos en la esfera de competencia de su Oficina” (ACNUR, 2019) en un periodo de tres años a contar del 1 de enero de 1951. Pero, con el paso del tiempo, la crisis de los(as) refugiados(as) se incrementó en todo el mundo, por lo que la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió que hasta que no se diera una solución duradera y estable a este conflicto se debía prorrogar su vigencia temporal. Así, y por medio de la Resolución A/RES/58/153 del 24 de febrero de 2004, se decide finalmente revocar la limitación temporal del mandato de la Oficina del ACNUR.

De este modo, el Capítulo II busca abordar la Institución de Refugio por medio de la observación de los principales instrumentos internacionales en la materia: la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de New York de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. De estos, se profundizará en los sujetos de protección, su aplicación temporal y territorial, y la inclusión de niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se expondrá en detalle la definición de refugiado y sus elementos, articulando de forma consecutiva la ampliación de esta en razón de los conflictos internos en los países de origen o residencia de los(as) solicitantes, examinando a su vez, los motivos de persecución contenidos en la Convención de Ginebra en niños, niñas y adolescentes y su exclusión al momento de solicitar refugio. Finalmente, se ahondará en el Principio de No Devolución o *Non refoulement*, por ser el mecanismo de protección con mayor impacto en la vida de niños, niñas y adolescentes refugiados(as).

Para continuar, el Capítulo III aventura una aproximación cronológica a cómo es que el derecho internacional desarrolla el derecho a solicitar asilo y refugio de niños, niñas y adolescentes, ya que es la propia normativa internacional la que genera normas especiales para niños, niñas y adolescentes migrantes.

Con este fin, se ha tomado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como referencia inicial, transitando luego por distintos Pactos, Convenciones, Observaciones y Opiniones. La elección de estos instrumentos se realizó a partir de dos criterios consecuenciales; en primer lugar, según la consideración o no de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, y en segundo lugar, de acuerdo con el desarrollo y análisis jurídico de los niños, niñas y adolescentes en situación de migración y/o en necesidad de protección internacional, de esto último, en específico en situación de asilo y/o refugio.

Si bien, el corpus iuris de protección internacional de los derechos de niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio se encuentra contenida en la Convención Americana (artículos 19, 22.7 y 22.8), la Declaración Americana (artículos VII y XXVII), la Convención sobre los Derechos del niño (artículo 22), y la Convención de 1951 y su Protocolo; desde sus inicios el derecho a solicitar refugio en América se codificó a través de la institución del Asilo, creando un clima de confusión entre ambas instituciones. Lo anterior, puesto que el concepto de “asilo” se asociaba a lo político y/o diplomático, mientras que el término “refugio”, a la protección entregada por los Estados al interior de sus territorios

jurisdiccionales. Sin embargo, con la creación de la Declaración Americana se determina que la protección internacional del asilo es un derecho individual que reboza en todas las personas que cometieron delitos no comunes -en conformidad a lo establecido por el derecho nacional e internacional- y que experimentan una persecución, y no un “beneficio” que otorgan los Estados.

Es en este contexto de confusión, que la protección entregada a los(as) solicitantes de refugio se equiparó teóricamente al Asilo Territorial, mientras que en la práctica, se utilizó el Asilo Diplomático. Sin perjuicio de esto, la institución del refugio mantiene un cariz particular al ser una protección internacional de carácter civil, humanitario y apolítico (ACNUR, 2002).

Dicho esto, y sólo para efectos prácticos, debemos precisar que a lo largo del presente trabajo no se realizará una distinción entre “asilo” y “refugio”, pues como lo manifiesta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), bajo el alero del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo XXVII de la Declaración Americana, el Asilo abarcaría una amplitud de derechos fundamentales y categorías: el asilo territorial, el estatuto de refugiado y el asilo diplomático, siendo la piedra angular del refugio la obligación de los Estados de no devolver a las personas que se encuentren en dicha situación y cuyas vidas estén bajo amenaza de persecución (ACNUR, 2017).

Por último, a través del Capítulo IV se desarrollará la Institución de Refugio en Chile, profundizando en la Ley 20.430, las etapas del Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado y su aplicación en niños, niñas y adolescentes en conformidad a la normativa nacional, internacional, y las directrices entregadas por diversos organismos internacionales.

Finalmente, se intentará sistematizar orientaciones, directrices e instrucciones referentes a los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional extendidas por la CIDH y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados con el ánimo de complementar la Ley 20.430 y su Reglamento.

## CAPÍTULO I.

### NIÑEZ MIGRANTE

#### 1. CARACTERIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la *Migración* como un “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos” (OIM, 2006). Es decir, el concepto de *Migración* abarcaría la movilidad humana internacional, la movilidad humana interna en los países, los traslados de ida y/o circulares, y, los desplazamientos familiares y/o grupales en condiciones favorables o adversas, entre otros.

En cuanto a la definición de *Migrante*, la comunidad internacional no ha logrado entregar una interpretación universal, pues gran parte de los Estados ha entendido que este concepto se utilizaría en todos los casos en que la persona de manera libre y motivada por una utilidad personal decide migrar. Por otra parte, el concepto jurídico de *migrante internacional* incluye la calidad de “extranjero” (Lages, 2012), siendo este último todo aquel que no alcance la nacionalidad del país de destino. Sin perjuicio de esto, y tomando como base la definición de migración, se ha dicho que los niños, niñas y adolescentes migrantes “serían los menores de dieciocho años, que se encuentran fuera de su país de origen, bajo la jurisdicción de un Estado del cual no son nacionales, o en su caso, que no corresponde a su residencia habitual” (Consejo Nacional de la Infancia, 2016), o, “todo ser humano que, no alcanzando aún la mayoría de edad, voluntaria o forzosamente, solo o acompañado de uno o de ambos progenitores o tutor legal, se desplaza en el interior de un Estado o hacia otro, cruzando una frontera internacional, estableciéndose en el país de acogida, temporal o definitivamente” (Lages, 2012).

Niños, niñas y adolescentes siempre han sido parte de los procesos migratorios internacionales, sin embargo, dentro de las últimas décadas se ha constatado un mayor número de menores de edad en los flujos migratorios. Asimismo, se ha observado que la caracterización que los niños y niñas han ido adoptado dentro de los desplazamientos ha cambiado y mutado considerablemente, dado que se

encuentran expuestos a mayores factores de riesgos que vulneran sus derechos y aumentan su desprotección, cuestiones que siguen siendo una materia pendiente para los Estados.

En consideración a esto último, se ha determinado que la categoría de niñez migrante experimenta una doble situación de vulnerabilidad; la edad y la situación migratoria. En este caso, la vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes debe ser entendida como la desatención de quienes deben garantizar su bienestar, lo que se materializa en una deficiente protección y/o carencia de asistencia para acceder al goce de sus derechos humanos.

La condición de vulnerabilidad de los(as) migrantes se acrecienta en tanto los Estados van tomando acciones que fomentan la desigualdad y/o asimetría de cara a sus nacionales (quienes presumen de ciudadanía o radicación) en base al principio de la soberanía territorial, el cual faculta a los Estados a levantar estatutos jurídicos diferenciados en observancia al estándar mínimo de protección internacional de los derechos fundamentales. Las leyes en conjunto a un sistema estructural racista y xenófobo, pueden crear diferenciaciones y dificultades en el acceso a servicios fundamentales, como también, a la integración en la sociedad. Lo anterior, puede ser traducido en que niños y niñas no pueden acceder a derechos económicos, políticos y sociales, siendo considerados(as) como un otro(a) en conformidad a su valoración social.

Asimismo, se ha llamado a los Estados a incorporar una perspectiva de género necesaria que dé cuenta de cómo las niñas y adolescentes están mayormente expuestas a sufrir vulneración de sus derechos humanos.

La protección especial hacia niños, niñas y adolescentes migrantes exige considerar la situación de desigualdad fáctica en la que se encuentran, lo que requiere aplicar en primer lugar los derechos recogidos en normas y políticas institucionales de infancia antes que a sus derechos como migrantes. Referente a ello, la OIM señala que la edad y la condición migratoria fusionadas exigen una protección singular y pertinente por parte de los Estados y otros actores de la sociedad (OIM, 2016), por ende, reconocer dicha situación debe llevar a los Estados a unificar derechos de carácter universal con aquellos de carácter particular, pues la niñez migrante experimenta altos niveles de precarización e inestabilidad.

Por otro lado, no podemos olvidar que los niños y niñas también se desplazan al interior de sus países de origen y/o residencia (se ha señalado que es aquí donde comienza su iter migratorio), vivenciando una migración denominada como “estacional interna” (OIM, 2019) que puede significar traslados de los campos a las ciudades, migraciones internas “cíclicas” (OIM, 2019) y migraciones internas forzadas. Sin embargo, pareciera no ser del todo práctico hacer una clasificación de la migración de niños, niñas y adolescentes entre útil/voluntaria o forzada, pues siempre existirán elementos dinámicos que se entremezclan en el transcurso del tiempo. Es por ello, que distintos autores(as) hablan más bien de los y las “niños en tránsito” (OIM, 2019) ya que conceptualmente entrega el beneficio de no descartar la mutación que se da entre una y otra categoría de migrante.

Los niños, niñas y adolescentes pueden migrar de diversas maneras, y aun cuando la mayoría lo hace dentro de un contexto de protección y como parte de un núcleo familiar, otros(as) experimentan una realidad muy diferente y desigual. Así, la migración de niños, niñas y adolescentes se ha clasificado en grandes rasgos de la siguiente forma:

- i- Acompañados de sus padres.
- ii- Separados de sus familias.
- iii- No acompañados.

Los(as) niños(as) separados(as) de sus familias son aquellos(as) “que están separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes” (OIM, 2016), mientras que, los niños(as) no acompañados(as) son los que “se encuentran fuera de su país de origen y están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad” (OIM, 2016) .

Es importante apuntar que la migración internacional afecta a un mayor número de niños y niñas, pues hay varios(as) de ellos(as) que no son considerados, por ejemplo; niños y niñas nacidos(as) con posterioridad a la migración efectuada por sus padres; niños y niñas que adquirieron la nacionalidad en los países de destino; niños y niñas retornados(as); niños y niñas que se quedaron en su país de origen mientras sus padres migraron con la idea de traerlos consigo en un futuro. Sobre esto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y



de sus familiares amplía la mirada del término *Migrante* toda vez que incluye a todas aquellas personas que no han salido de su país de origen o residencia pero que planean hacerlo en un tiempo cercano.

Por otro lado, se advierte que cuando niños y niñas quedan a cargo del cuidado de terceros pueden recurrir a parientes, amigos o desconocidos con la idea de reunirse junto a su familia quedando expuestos a múltiples peligros en caso de no contar con una red migratoria confiable. Igualmente, se ha observado que adolescentes gestionan relaciones con los(as) adultos para que les faciliten el desplazamiento migratorio transfronterizo -ante la inexistencia de vías legales para migrar- a cambio de algún tipo de trabajo con la necesidad de generar recursos, sucumbiendo en su mayoría al sometimiento de explotación sexual, laboral y/o en situación migratoria irregular.

Sobre esto último, tampoco existe una definición única o universal de *migración irregular*, ya que varía según la óptica del Estado en que la persona se encuentre. Aun así, el fundamento clave será “Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor” (OIM, 2006). De este modo, el país de destino entiende que la *migración irregular* se produce cuando las personas no cuentan con la documentación suficiente para ingresar, trabajar o permanecer en este, mientras que el país de envío concibe la *migración irregular* desde el momento en que las personas cruzan fronteras internacionales sin cumplir los requisitos para salir del país y sin documentación de viaje. Entretanto, *migrante irregular* es aquella “Persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras vencimiento de su visado, deja de tener estatus legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor”<sup>2</sup> (OIM, 2006).

Se ha determinado que niños, niñas y adolescentes en situación de irregularidad son triplemente vulnerables, pues se aúnan su condición de niños(as), de migrantes y de irregulares.

Suele ocurrir que desde el comienzo de su camino migratorio no cuentan con la documentación necesaria para reconocerlos(as), lo que facilitaría las condiciones para la violación de sus derechos, el sometimiento a un trato jurídico desigual sin un debido proceso, o a expulsiones y/o deportaciones. Es probable que, niños y niñas en situación irregular que cuentan con una formación integral y que gozan

---

2. Parte de la doctrina llama a evitar el uso de la palabra “ilegal” ya que este concepto se encuentra históricamente vinculado a la concepción de delincuencia, colaborando a la criminalización de la migración irregular omitiendo las circunstancias en que esta se produce. Ortega Velázquez, Elisa. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. *Boletín de Derecho Comparado*. 2015, 48(142), pp.185-221.

de buena salud puedan alcanzar altos grados de desarrollo físicos y cognitivos integrándose eficazmente a la sociedad, a diferencia de aquellos(as) que son excluidos(as) por la misma. La Universidad Nacional de Lanús concluye a través de diversos estudios que “hacen falta normas, reglamentaciones y políticas públicas que estén dirigidas a proteger a los menores migrantes en especial en el contexto de la migración irregular” (Sandoval-Forero, Román-Reyes, & González-Becerriel, 2015), por ende, el primer foco de conflicto se radica en las políticas y prácticas que regulan el ingreso, residencia y expulsión de migrantes, momentos todos donde están presente niños, niñas y adolescentes. Así, se ha buscado dejar el modelo de “situación irregular de niños y niñas”, consistente en la intervención del Estado de manera exclusiva y excluyente cuando estos(as) realizan actos “asociales” o se encuentran en situación de “desvalimiento material”, suponiendo que niños y niñas son meros objetos de control y asistencia (OEA, 2017), situación que sólo limita la responsabilidad de los Estados y el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Así, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, ha hecho expresa mención a la obligación que tienen los Estados para garantizar derechos a todas las personas migrantes independiente de su situación migratoria, lo que incluye a niños, niñas y adolescentes.

Desde otro ángulo y como ya se ha señalado, la migración de niños, niñas y adolescentes se construye a partir de razones muy variadas, las que si bien son similares a las de los(as) adultos(as), los escenarios y circunstancias que deben sortear a lo largo de su recorrido pueden impactar considerablemente sus vidas. Destacamos las siguientes:

- i- Reunificación o reagrupación familiar.
- ii- Búsqueda de mejores condiciones y oportunidades económicas, sociales y culturales.
- iii- Extrema pobreza.
- iv- Degradación ambiental y/o desastres naturales.
- v- Persecución por parte del crimen organizado.
- vi- Violencia doméstica.
- vii- Abuso sexual.
- viii- Explotación y trata infantil.
- ix- Conflictos armados.

- x- Por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Si bien no existe un criterio aunado entre los Estados sobre la identificación, reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes -lo que a todas luces dificulta su reconocimiento-, hay algunos de estos que tienen un contenido basal; y es que son fundamentales porque debiesen ocupar un lugar dentro de la jerarquía normativa, y porque debiesen estar señalados expresamente en las normas superiores de los ordenamientos jurídicos con la finalidad de estructurar el contenido de otros derechos. En este sentido, se dice que “ha debido identificarse el núcleo duro de los derechos humanos sobre la base de un criterio operativo (“intangibilidad”). Esta cualidad permitiría que sobre ciertos derechos recaiga una protección absoluta [...]” (Lages, 2012).

Por otro lado, no todos los sistemas de protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes se pueden reconocer como *ius cogens*, ya que en su composición existen normas procesales que no cuentan con esta característica. Pero, el análisis de las normas, su aplicación y acogida por parte de los Estados, las podría dotar de dicha propiedad, cuestión que reforzaría la teoría de que no todas las normas internacionales que protegen y amparan a niños y niñas integran el derecho imperativo (Rodríguez de Taborda, 2012). Sin perjuicio de esto, aquellas normas que protegen a todas las personas de la tortura, la discriminación, la esclavitud, sólo por nombrar algunas, sí tienen carácter imperativo y por lo tanto son aplicables a niños, niñas y adolescentes. Así, el verdadero conflicto está en corroborar si las normas que protegen de manera general a las personas migrantes cumplen el mismo efecto en niños y niñas migrantes, y si los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño facilitan la resolución de estos.

En conclusión, el hecho de que niños, niñas y adolescentes tengan una condición especial (ser niños o niñas), se traduce en que las normas de carácter especial deben prevalecer por sobre las normas de carácter general, aun cuando todas estas son parte de un mismo sistema legal. Por lo tanto, la obligación que tienen los Estados para satisfacer de manera prioritaria las necesidades de niñas y niños, nos guían inevitablemente a un estudio mucho más acabado de las normas bases de un ordenamiento

jurídico alineado con los tratados internacionales que forman parte del corpus iuris de los niños, niñas y adolescentes.

## **2. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN CHILE.**

La manifestación migratoria en Chile no es un tema nuevo, lo que nos ha permitido observar sus distintas etapas y cambios a través de los años, pues las condiciones de vida y los fenómenos económicos, políticos y sociales han ido transformado al país en un lugar llamativo para quienes buscan emprender nuevos proyectos de vida.

En los primeros textos históricos sobre la migración en Chile, se comprende que esta tuvo la particularidad de contar con la presencia de personas de origen europeo -británicos e italianos-, y en menor medida de origen árabe y de oriente (Tijoux Merino & Palominos Mandiola, 2015) a finales del siglo XIX. Sin embargo, una de las más importantes, fue la migración realizada por nacionales alemanes en la zona sur del país con motivo de la política nacional que buscaba fomentar una migración económica hacia la zona.

En esa línea, textos jurídicos y normativos dictados entre los siglos XIX y XX se caracterizaron por desarrollar una política migratoria nacional que priorizó el desarrollo económico y social de forma restrictiva, lo que derivó en una migración sumamente selectiva. Sin perjuicio de esto, es indiscutible que con el paso del tiempo, se origina una migración más libre, masiva y persistente, lo que nos devela cómo es que las políticas migratorias adoptadas no fueron coherentes con la realidad ni mucho menos con la forma de gobernabilidad, pues los principios estructurales asentados sobre dicha seguridad nacional no fueron consistentes con las exigencias internacionales ni con las problemáticas que afectaron a los(as) migrantes en Chile. Así, desde 1990, los gobiernos se vieron en la obligación de adoptar gradualmente distintos pactos, convenciones y acuerdos basados en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos a fin de garantizar un conjunto de garantías a las personas migrantes sin discriminación alguna. Al efecto, y de acuerdo a los planteamientos de la profesora María José De las Heras, este periodo “ha sido clave en la evolución jurídica que ha manifestado nuestro país desde una doble perspectiva: por una parte, imponiendo un estándar en el tratamiento de casos, y por otra, evidenciando las graves falencias de nuestro ordenamiento jurídico especial” (De las Heras, 2016).

Ya en los años 80 y 90s se observó una alta presencia de personas migrantes desde los países vecinos - primordialmente de Bolivia, Perú y Argentina-, quienes alcanzaron un 67% de los extranjeros con residencia en Chile (De las Heras, 2016). Esto, a raíz de la anexión de nuevo territorios en el norte del país, la contigüidad geográfica, el aumento del desarrollo económico en sectores como la construcción y servicios domésticos, y la estabilidad política y social, elementos que redoblaron la motivación de fuerzas migratorias laborales hacia el país y que se consolidarían con el retorno de la democracia y su política de apertura de las fronteras (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012).

Estas nuevas oleadas migratorias estaban compuestas esencialmente por mujeres de nacionalidad peruana -más del 52%-, nación que aportó casi una población del 60% (SENAME, 2013) dentro de los flujos migratorios, lo cuales se diversificarían cada vez más. De lo anterior, porcentualmente niños, niñas y adolescentes sólo representaron un 18% de la población migratoria sin hacer una diferenciación en su nacionalidad, siendo concebidos como “una segunda generación” (Pavez-Soto, 2017). Esto último, se ha criticado profundamente, ya que dicha denominación surge desde una perspectiva de supremacía adultocentrista insustancial. Desde el etnocentrismo se expresa que: “se mira a los niños migrantes sólo desde la perspectiva de la sociedad de destino y se les considera permanentemente inmigrantes, en virtud del origen nacional de sus familias y ascendientes” (Pavez-Soto, 2017).

Veinte años después, se ve sumamente acrecentada la población migrante estimándose en 300 mil personas (Servicio Jesuita a Migrantes, 2020). Según el último Informe Técnico elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y el Departamento de Extranjería y Migración (INE & DEM, 2020), al 31 de diciembre de 2020 la población extranjera residente en Chile era de 1.462.103, los cuales se desglosan en cinco colectivos centrales; Venezuela (31,6%), Perú (16,8%), Haití (12,9%), Colombia (11,7) y Bolivia (8,7%), países que en conjunto concentran un 81,7% del total de la población migrante residente. Como se puede observar, la cantidad de personas migrantes en Chile se quintuplicó en tan sólo 10 años llegando a representar casi un 8% de la población total del país (Servicio Jesuita a Migrantes, 2020). Por su parte, niños, niñas y adolescentes, sumaron un total de 209.866, esto es, un 13,6% de la población total de migrantes residentes. De lo anterior, es importante tener en cuenta que sólo se han considerado a niños y niñas residentes en el país o que se encuentran dentro de un procedimiento para solicitar la residencia, por lo tanto, no se incluyen a niños y niñas nacidos(as) en Chile, como tampoco aquellos(as) que se encuentran en situación migratoria irregular. De esto último, se observa un aumento de los ingresos clandestinos o ingresos por pasos no habilitados, valorándose

un total de 8.048 para el año 2019 (Servicio Jesuita a Migrantes, 2020), cifra que se sólo se logró obtener a través de las autodenuncias realizadas ante Policía de Investigaciones de Chile, y fiscalizaciones ejecutadas por la misma, de modo que, es muy probable que este número sea superior. Empero, nada se ha dicho a sobre niños, niñas y adolescentes como parte de este grupo.

En cuanto a las solicitudes de refugio, entre 2005 y 2010 el Estado de Chile atiende un cálculo de 3.700 solicitudes de refugio, destacando el año 2008 con una suma de 1.059 peticiones (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012). Dentro de este mismo periodo 643 niños, niñas y adolescentes entre 0 a 18 años iniciaron una solicitud, y, según lo indicado por la Sección de Refugio dependiente del Departamento de Extranjería y Migración, 520 correspondían a solicitudes de refugio propiamente tal, mientras que 120 eran con niños, niñas y adolescentes reasentados(as) (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012). En resumen, desde el año 2005 al año 2010 se les otorgó el estatuto de refugiado(a) a un total de 1.621 personas, donde 360 de estas atañen a niños, niñas y adolescentes (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012), quienes representan el 22% de la población refugiada en Chile.

Desde el año 2010 hasta la actualidad, llama la atención que el periodo contenido entre los años 2015 y 2018 las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado pasaron de 623 a 5.727 (Servicio Jesuita a Migrantes, 2020), sin embargo, de estas, sólo se formalizó un 14% en el año 2019. De la misma manera, en el año 2019 se presentaron 16.933 solicitudes de refugio de las cuales 16.748 fueron realizadas por personas venezolanas -situación que se explica por la crisis humanitaria que experimenta dicho país-, siendo formalizadas 780 solicitudes y reconocidas 20 de ellas.

Las cifras entregadas por el Departamento de Extranjería y Migración correspondientes al año 2020, señalan un total de 1628 solicitudes de refugio, destacando países como Colombia (41,1%), Cuba (32,6%) y Venezuela (21,4%). De este total sólo fueron reconocidas como refugiados(as) 7 personas (DEM, 2021). No se detalla cuál es el porcentaje de solicitudes presentadas por niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se recalca que el formato de la información entregada no es de fácil encausamiento.

Finalmente, ya en el primer semestre del año 2021, se indica un total de 1359 solicitudes de refugio, siendo reconocidas sólo 7 de estas (al igual que el año anterior) y 2773 rechazadas (DEM, 2021).

Nuevamente, no se especifica cuál es el porcentaje de solicitudes presentadas por niños, niñas y adolescentes.

Tal como lo expresan Jacqueline Bhabha y Guy Abel en el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020 “con respecto a la migración infantil, hay dos hechos que nadie cuestiona: que la escala de esta migración está aumentando y que los datos al respecto son incompletos” (OIM, 2019).

Así las cosas, se puede apreciar que en Chile sólo a partir de la década de los 90’ los niños, niñas y adolescentes migrantes comienzan a llamar la atención como sujetos de estudio, siendo considerados (insuficientemente) en las estadísticas. De lo anterior, podemos observar tres posibles causas; la migración ha tenido un enfoque prioritariamente económico y por ende se centra en la fuerza laboral de los(as) adultos; en las últimas décadas ha habido un aumento de la presencia de niños y niñas no acompañados(as) en los Estados de destino; y finalmente, la presión internacional para dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Por otro lado, es dable concluir que los estudios estadísticos referentes a la migración de niños, niñas y adolescentes son sumamente escasos, no solo en Chile, sino que también a nivel internacional. Esta problemática refuerza las barreras y obstáculos a sortear para otorgar un sistema integral de protección a los niños y niñas y sus derechos, cuestión que se potencia con la inexistencia de un trato diferenciado en el análisis de los distintos tipos de migración infantil, su caracterización sociodemográfica, cultura, económica, etc. Asimismo, las investigaciones sobre los procesos migratorios no incluyen sus opiniones y/o experiencias, ni tampoco el rol o desafíos que han tomado en estos, tratándolos más bien como una “carga” o, como aquellos sujetos que no suelen migrar prioritariamente. En esta línea autores como Ann Witehead, Iman N. Hashim y Vergard Iversen (Whitehead, Hashim, & Iversen, 2007) describen que ciertos paradigmas comprenden y conciben a los niños, niñas y adolescentes como sujetos pasivos. Este contexto, trae por consecuencia su invisibilización histórica, normativa-legislativa y por sobre todo, su invisibilización dentro de las políticas públicas como elementos claves para mejorar su inserción en el país y desarrollar eficaz y plenamente sus derechos.

## CAPÍTULO II.

### LA INSTITUCIÓN DE REFUGIO

#### **1. CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE NEW YORK DE 1967, SOBRE EL ESTATUTO DE REFUGIADOS.**

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante la Convención o la Convención de Ginebra) y el Protocolo de New York de 1967, forman en conjunto el más importante instrumento internacional, jurídico y legal que versa sobre la materia, desarrollando la definición universal de refugiado, y los derechos y deberes que tanto los(as) solicitantes como los Estados deben cumplir. Asimismo, buscan dar una lectura armónica a los acuerdos internacionales sobre refugio, de forma tal que estos puedan ser revisados y recodificados en su normativa.

El 28 de julio de 1951 se aprueba la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en la ciudad de Ginebra, a través de la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, la cual fue convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 429 (V) el 14 de diciembre de 1950.

Su estructura consta de un Preámbulo, siete capítulos y un Anexo, todos los cuales manifiestan expresamente la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Inicialmente, la Convención estaba limitada a dar protección a los(as) refugiados víctimas de la Segunda Guerra Mundial, velando por la disminución de los desplazamientos forzados y los traumas ocasionados dentro de este contexto. No obstante, con el curso de los años el problema de los(as) refugiados(as) se agudizó profundamente.

A raíz de lo anterior, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General de las Naciones Unidas, firman el 31 de enero de 1967 el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados o Protocolo de New York. En su adhesión los Estados validan plenamente la aplicación de la Convención sobre todas aquellas personas que se encuentren dentro de las hipótesis de su definición -cuestión que vendría a reafirmar cómo es que ambos instrumentos forman el núcleo central de protección-, así como también, se



comprometen a cooperar con la Oficina del ACNUR, a facilitar su actividad de vigilancia en la aplicación de las disposiciones de la Convención y el Protocolo, y a informar al Secretario General de las Naciones Unidas sobre leyes y reglamentos afines a dichos instrumentos para asegurar su aplicación.

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 entregan respuestas específicas a un tema de atención social y humanitaria, estableciendo guías y orientaciones a los Estados para resguardar jurídica y procedimentalmente los derechos y garantías sin distinción a los(as) sujetos de derechos que solicitaren su protección. Se ha dicho que la importancia de estos radica en que tienen un significado jurídico, político y ético: jurídico al entregar normas fundamentales que contienen acciones basadas en principios; político, al establecer un marco normativo universal de colaboración y cooperación entre los Estados; y ético, al ser un compromiso que tiene por objetivo proteger y defender los derechos de personas vulnerables (ACNUR, 2001), y es por ello que, el Comité Ejecutivo del ACNUR, insta a los Estados a seguir fomentando medidas regionales que protejan a los(as) refugiados, les den soluciones perdurables en el tiempo, y asimismo, aseguren que las normas reconocidas en la Convención y en el Protocolo respondan a sus necesidades.

## **2. EL CONCEPTO DE REFUGIADO EN LA CONVENCIÓN DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967.**

### **2.1 Aplicación del concepto de Refugiado.**

El artículo 1 de la Convención, Sección A, determina quiénes podrán gozar y ejercer los derechos y garantías del refugio:

“Artículo 1. Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. [...]
- 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de

su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.” (ACNUR, 1951)

El numeral 1, incluye a las personas que anteriormente fueron reconocidas como refugiados(as) bajo el tenor de los instrumentos y convenciones allí especificadas -mismas que inicialmente abordaron dicho conflicto-, con el objeto de prorrogar su protección internacional.

Por otro lado, el numeral 2 delimita su aplicación a todas aquellas personas víctimas de los hechos ocurridos en Europa, otorgando como fecha límite el 1° de enero de 1951. Sobre esto último, la Sección B del artículo en comento, aclara que estos acontecimientos pueden haber ocurrido en Europa o en otro lugar, concediéndole la posibilidad a los Estados Partes de precisar ante el Secretario General de las Naciones Unidas la adopción de una de estas fórmulas.

La necesidad de eliminar limitaciones temporales y de ampliación de la red de protección universal en favor de quienes han debido huir forzosamente de su país de origen, permitió además de incluir nuevos Estados, fomentar la creación del Protocolo de 1967. En este sentido, el artículo 1 N° 2 del Protocolo precisa:

“Artículo 1. Disposiciones generales.

2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término "refugiado" denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos", que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.” (ACNUR, 1967)

Por lo tanto, el artículo 1 numeral 2, indica que la Convención de 1951 tendrá aplicación para todos los Estados Partes independiente de su ubicación territorial, eliminando así su limitación geográfica. Sin perjuicio de esto, al reafirmar lo dispuesto en el párrafo 2 de la Sección B del artículo 1 de la Convención,

se reconocen las declaraciones que con anterioridad hayan realizado los Estados Partes al respecto, y que asimismo, quieran seguir implementando. A saber:

“Artículo I. Disposiciones generales.

3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1” (ACNUR, 1967).

Si bien desde un comienzo el concepto de refugiado fue pensado en todas aquellas personas agraviadas a causa de la Segunda Guerra mundial, como también, para quienes contaban con tal calidad en virtud de acuerdos previos a la Convención de 1951, la realidad de estos(as) en el mundo (ACNUR, 2005) exigió a la comunidad internacional extender su uso y aplicación a otras regiones fuera de Europa, debiendo superar factores temporales y geográficos con la redacción del Protocolo de 1967.

En lo que a niños, niñas y adolescentes respecta, como se puede apreciar, la Convención de 1951 no hace mención alguna de ellos(as), la justificación entregada por diversos organismos es que esta definición aplicaría a todas las personas independiente de su edad. Si bien esta afirmación es verdadera, deja entrever una perspectiva basada únicamente en la vivencia de los(as) adultos, o, en el mejor de los casos, en los(as) niños como dependientes de los(as) adultos y no como sujetos aptos de ser reconocidos(as) como refugiados(as) de manera autónoma e independiente. Lo anterior, se podría explicar -en parte- por el contexto histórico en que se creó la Convención, donde niños y niñas tenían un rol de subordinación. En la práctica, esto ha provocado que sus solicitudes no sean bien recepcionadas, erróneamente evaluadas o generalmente ignoradas (ACNUR, 1997), lo que resalta la conveniencia de incluir a niños y niñas dentro de la Convención de 1951 como detentores(as) de derechos legales (ACNUR, 1994) de manera clara y explícita. Por cuenta propia la Convención sobre los Derechos de los niños ha venido a salvaguardar este silencio años más tarde.

## **2.2 Definición del Concepto de Refugiado.**

El artículo 1 de la Convención de 1951 abarca la definición y aplicación del término refugiado, por lo tanto, es fundamental realizar una lectura armoniosa e integral de ambos elementos, pues de la

definición dependerá la aplicación de las obligaciones que emanan tanto de la Convención como del Protocolo.

Según dispone el artículo 1, sección A, numeral 2 de la Convención, y habiendo superado la discusión de temporalidad, refugiado será toda persona que:

“[...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.” (ACNUR, 1951)

Este articulado nos entrega elementos particulares, objetivos y claros para constatar la aplicación del estatuto de refugiado, cambio sustancial si consideramos que los primeros instrumentos de protección hacia los(as) refugiados utilizaron como único criterio la nacionalidad (Pérez Barahona, 2003).

Bajo nuestra mirada, una parte esencial de esta definición es el “Fundado temor de ser perseguido(a)”. Dicha “cláusula de inclusión” tiene un carácter predominantemente subjetivo, pues se deberá evaluar: el nivel de credibilidad de las declaraciones entregadas; los factores que le rodean y que influyen directamente en sus percepciones; antecedentes personales, sociales, políticos, culturales, religiosos, entre otros. De esta forma, se podrán aclarar los hechos y las interpretaciones realizadas por los(as) solicitantes para arribar a la razonabilidad de su solicitud, misma que debe estar movilizadora por el temor a que dichas circunstancias se puedan concretar.

En el calificativo “fundado” encontramos el elemento objetivo y está relacionado con la imposibilidad -también razonable- de los(as) solicitantes para permanecer en su país de origen o regresar a él, considerando que las autoridades de su país de origen no tienen la potencialidad o intención de proporcionarles seguridad (ACNUR, 2017).

Hay que tener en consideración que el fundado temor no siempre estará vinculado con la experiencia particular del(la) solicitante, será igualmente válido el temor en caso de haber ocurrido hechos de

persecución a familiares, amigos o grupos de pertenencia, pues hay un riesgo eventual de ocupar el lugar de víctima. Se han dado casos en que grupos completos han sido desplazados, a propósito el ACNUR ha declarado que si bien la evaluación de los casos debe ser individual puede proceder excepcionalmente la “determinación colectiva” de la condición de refugiado (ACNUR, 2019).

Cuando los(as) solicitantes de refugio son niños, niñas y/o adolescentes pueden existir diversas barreras que impidan precisar su “fundado temor”, la edad es un elemento sustancial a considerar dentro de la definición de refugiado (ACNUR, 2019). Un primer paso, será considerar su grado de madurez, discernimiento y desarrollo, pero por sobre todo, su especial circunstancia de indefensión. Lo anterior, no significa que niños, niñas y adolescentes deban ser reconocidos(as) como refugiados(as) instantáneamente tan solo por su edad, pues el “fundado temor” deberá justificarse de igual forma por alguna(s) de las causales enunciadas en el artículo 1.

Pero ¿qué entendemos por persecución?

Pese a los fallidos intentos para definir “persecución” a nivel universal, el artículo 33 de la Convención nos entrega en su numeral 1 una orientación al exponer que, si pelagra la vida o la libertad de las personas a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se debe entender que existe persecución (ACNUR, 1951). Igualmente, se ha considerado que la discriminación, acciones lesivas reiteradas, violaciones graves a los derechos humanos o incluso amenazas, ya sea de autoridades estatales o no, pueden asemejarse a la persecución por sus consecuencias, siempre que la causa o móvil se encuentre en alguna de las razones ya señaladas.

Para el caso de niños, niñas y adolescentes, la persecución puede tomar caracteres especiales en razón de su edad, pudiendo llegar a constituirse situaciones al margen de la Convención de Ginebra (ACNUR, 1997). Los niños y niñas pueden experimentar persecución por cuestiones de parentesco, trata, explotación, prostitución, pornografía infantil, violencia doméstica o familiar, nacimiento fuera del matrimonio, mutilación genital femenina, reclutamiento de fuerzas militares y paramilitares, etc. Por consecuencia, para analizar sus solicitudes se deberá atender a cada uno de estos factores, integrándolos de manera efectiva y eficaz en alguno de los motivos planteados en la Convención.

Por último, encontramos como requisito fundamental el que los(as) solicitantes “se encuentren fuera de su país de nacionalidad” (ACNUR, 2019), pues la protección internacional que entrega la institución del refugio no puede ser aplicada en el territorio jurisdiccional del cual son nacionales (ACNUR, 2019). De esto, podemos inferir que el punto de base siempre será contar con una nacionalidad, sin embargo, se pueden presentar diversos inconvenientes; puede ocurrir que los(as) solicitantes afirmen equivocadamente una nacionalidad, no tengan certeza de ésta, la ignoren derechamente o se encuentren en una situación de apatridia. Para todas estas circunstancias, la solución será determinar la nacionalidad en conformidad al último país donde poseían su residencia habitual. Asimismo, puede acaecer que los(as) solicitantes cuenten con una doble o múltiple nacionalidad, empero, primará la protección nacional en la medida que se pueda recurrir a ella (ACNUR, 2019), esto, si consideramos que posiblemente alguno de los otros países les otorgará protección, de lo contrario y para solicitar refugio, se requerirá la denegación de nacionalidad.

Igualmente, es importante recalcar que una persona puede ser refugiado(a) con posterioridad a la salida de su país de nacionalidad o residencia como consecuencia de los hechos ocurridos en estos, condición determinada como *refugiado sur place* (ACNUR, 2019).

En definitiva, los elementos que componen el “fundado temor de persecución” deberán estar ligados al país de la nacionalidad o residencia habitual, ya que es esta coyuntura la que justificará la demanda de protección internacional en cuanto los(as) solicitantes no quieran o no puedan acogerse a la protección de dicho país.

### **2.3 Definición Ampliada del concepto de Refugiado de la Convención de Ginebra: Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.**

A partir de la década de los 70' los Estados Latinoamericanos comenzaron a cuestionar el otorgamiento de refugio pues consideraban que la definición contenida en la Convención de 1951 no se ajustaba a su realidad, ni tampoco solucionaba los problemas jurídicos y humanitarios que se presentaron dentro de la región centroamericana, México y Panamá (ACNUR, 1984), los cuales causaron el desplazamiento interno de miles de personas.

Del 19 al 22 de noviembre de 1984 se llevó a cabo el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Dicha instancia tuvo como meta asentar

prevenciones y medidas de protección para los(as) refugiados(as) centroamericanos(as), y así aplicar a nivel regional la Convención de Ginebra y su Protocolo, ya que la mayoría de los países de la región no adoptaron dichos instrumentos ni introdujeron en sus legislaciones elementos procedimentales para determinar la condición de refugiado.

Es dentro de este escenario que la Declaración de Cartagena sobre Refugiados recomienda una definición regional, la cual, si bien toma como base la definición contenida en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, estima que los(as) refugiados(as) son además todas aquellas personas que han tenido que huir de sus países cuando sus vidas, seguridad o libertad se han visto profundamente intimidadas por la violencia a causa del contexto social y político al interior de estos, la violencia generalizada y masiva de los derechos humanos o circunstancias que alteren gravemente el orden público (ACNUR, 1984).

En términos prácticos, esta definición acrecienta (y no sustituye) la contenida en la Convención de 1951, otorgando la posibilidad a todas aquellas personas que no han podido obtener asilo -de acuerdo con los criterios establecidos por las autoridades del país-, para acceder a la protección internacional de refugio. Asimismo, da respuesta a situaciones que normalmente no se encuadran dentro de la elegibilidad para el reconocimiento de la condición de refugiado a partir del nexo de causalidad. En este sentido, la recopilación entregada por la Unidad Legal Regional del Buró de las Américas del ACNUR ha dicho que la definición regional de refugiado es más flexible, llegando incluso a proteger a víctimas de grupos organizados o del narcotráfico, siendo especialmente conveniente si en un caso concreto se considera que no están los requisitos contenidos en la definición de la Convención de Ginebra (ACNUR, 1982). Así, el fundado temor de persecución estará determinado a partir de la prevención de un peligro –no necesariamente razonable-, derivado de circunstancias objetivas y difusas (ACNUR, 1982) en el país de origen o residencia del(la) solicitante, como lo son los conflictos internos, la violencia generalizada, la violación masiva de derechos humanos, entre otros.

Por otro lado, la CIDH a través de la Opinión Consultiva 21/14, ha declarado que la expresión “protección internacional” abarca también la protección de los(as) solicitantes de asilo y refugio de acuerdo a la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual obedece no sólo a las condiciones que dieron origen al desplazamiento forzado sino que también a otras formas de desplazamiento.

Pero ¿cuál podría ser la importancia de esta definición para niños, niñas y adolescentes?

Si bien este nuevo criterio no repara de manera específica en niños, niñas y adolescentes como titulares independientes de derecho para solicitar y recibir asilo, asienta de manera ventajosa el reconocimiento de formas particulares de persecución que pueden experimentar. En este sentido, el reclutamiento forzoso en conflictos armados o el crimen organizado, la violencia de grupos no estatales o paramilitares, la trata, etc., son los focos prioritarios de afectación en niños y niñas debido a su propensión, falta de madurez y edad, elementos que les hace ser sumamente susceptibles de persecución. Por lo tanto, y tal como lo ha señalado la CIDH, la Declaración de Cartagena es parte del corpus iuris internacional en favor de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes refugiados.

De esta suerte, al ampliar la protección de los(as) solicitantes de asilo y refugio, se beneficia fuertemente el derecho de niños, niñas y adolescentes, ya que no sólo reconoce otras circunstancias en las estos(as) se pueden encontrar, sino que también, las incorpora como nexo directo para solicitar refugio.

### **3. MOTIVOS DE PERSECUCIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE ACUERDO A LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951.**

#### **3.1 Raza.**

La profesora María Emilia Tijoux indica que el término “raza” se utilizó en principio para realizar clasificaciones morfológicas de plantas y animales (Tijoux-Merino, 2013), pero, desde otra perspectiva, manifiesta que “en su acepción humana, la "raza" se asocia a teorías biológicas que, desde el siglo XIX hasta el III Reich, popularizaron la noción para jerarquizar "científicamente" a grupos de seres humanos” (Tijoux-Merino, 2013). Así, la “raza” es una construcción social (Biblioteca Nacional de Chile), donde las personas y sus características son inalterables, transmitiéndose de manera exclusiva a través de la herencia genética que se manifiesta en rasgos físicos, cualidades y capacidades, todo lo cual, genera diferenciaciones entre los seres humanos. Lo anterior, ha derivado en una ponderación de las “razas”, estableciendo de manera categórica que hay unas superiores a otras aun cuando este concepto cambie y se adapte a través de la historia, pero, no es sino hasta inicios de la modernidad donde se



utiliza “raza” como concepto ligado a los genotipos y fenotipos humanos, en específico al color de la piel.

Ahora bien, si el concepto de “raza” no existe biológicamente al no contar con fundamentos científicos, es entonces un constructo histórico-social (Kashindi, 2015), mientras que el racismo es una cuestión social real. Al respecto, es la misma profesora María Emilia Tijoux quien señala que el o los racismos son un fenómeno o sistema de dominación que sólo se puede entender a través de sus manifestaciones (emociones, discursos, creencias, comportamientos, acciones o prácticas) interrelacionadas a nivel individual y colectivo (Ambiado & Tijoux, 2020).

La discriminación con motivo de la “raza” no se limita a un sujeto determinado, sino que más bien, da paso a una discriminación ideológica y política sin excepción, donde ciertos sujetos carecen “biológicamente” de características físicas que los “deshumanizarían”. Lo anterior, vendría a justificar las diferencias sociales y/o morales entre los seres humanos, y, por ende, la “raza” como categoría, devela la exclusión de determinados seres dentro de una misma sociedad.

A su vez, el concepto de raza incluye a personas pertenecientes a grupos étnicos o minoritarios vinculados por una ascendencia común. En esta línea, el ACNUR manifiesta que este concepto se debe entender extensivamente en lo que “con frecuencia implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia” (ACNUR, 2019).

Si bien las “razas” no existen, las personas siguen funcionando y actuando a través de la idea de que efectivamente coexisten, y es esta postura la que aumenta la violencia y los malos tratos hacia un otro que es diferente. En el caso de niños y niñas, el racismo tiene por efecto omitir su historia y singularidad, haciéndolos desaparecer como personas, y lo que es peor, como sujetos de derecho.

La “raza” unida al “fundado temor” de ser perseguido(a) en el país de origen o residencia, da la posibilidad a niños, niñas y adolescentes para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado.

### **3.2 Religión.**

La Convención de Ginebra de 1951, considera la religión como una de las razones para solicitar refugio, precisando que, una vez determinada la condición de refugiado, los Estados Contratantes les deberán entregar el mismo trato que entrega a sus nacionales para ejercer y practicar libremente su religión, lo que se extiende a las instrucciones religiosas de sus hijos. Sin embargo, adherimos a lo expresado por el ACNUR en el sentido de que esta causal implica además tener, practicar o cambiar de religión (ACNUR, 2017).

La creencia religiosa de niños, niñas y adolescentes comienza por lo general ante la imposición o influencia de padres y/o adultos. Sin perjuicio de esto, es un hecho que la religión se circunscribe a tal punto en su historia y en la forma en que perciben el mundo, que tienen plena libertad para elegir y practicar de manera autónoma la religión que se les antoje.

Como derecho, la libertad de religión se encuentra protegido en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciendo la protección que los Estados deben otorgar a niños y niñas en su libertad de pensar y escoger una religión, teniendo como única limitación la seguridad, la moral y los derechos fundamentales del resto de la sociedad.

La idea de “libertad religiosa” no es admitida a nivel universal, lo que puede traer por consecuencia que distintas religiones en el mundo sean restringidas, prohibidas e incluso castigadas. Esta situación afecta sin duda a niñas y niños, pues no será necesario que sean percibidos como practicantes activos (ACNUR, 2019) para que se ejerza una persecución en su contra, sino que bastará el que sean considerados como “creyentes religiosos” o se asocien a un determinado grupo religioso para poner en riesgo sus vidas.

Desde otro punto de vista, la religión puede dañar y perjudicar la vida de niñas y adolescentes en razón de su género al permitir la asignación de roles sexuales, la imposición a sufrir mutilación genital femenina y/o castigos corporales.

Cuando niños, niñas y adolescentes son castigados(as) por ejercer una religión, o contrariamente, son castigados(as) por rehusarse a cumplir los principios, convicciones y valores contenidos en ella, habrá un fundado temor para solicitar protección internacional a través de la institución del refugio.

### **3.3 Nacionalidad.**

El concepto de nacionalidad surge a partir de la vinculación jurídica entre una persona y un Estado, condición vital para adquirir derechos y obligaciones. A contrario sensu, serán migrantes todas aquellas personas que, residiendo en un país, no poseen la nacionalidad de este.

Como derecho se encuentra regulado en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece el derecho de todas las personas a una nacionalidad, a tener la nacionalidad del territorio en que se ha nacido en caso de no tener derecho a otra, y la prohibición a que se prive de ella arbitrariamente o se niegue el derecho a cambiarla. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre dispone en su artículo XIX el derecho legal a una nacionalidad, y a cambiarla si es que así se desea.

En cuanto a su importancia, la CIDH ha indicado que este derecho implica otorgar un amparo jurídico a las personas, ya que la nacionalidad establece un vínculo con un Estado que tiene el deber de protegerlas cuando se les quiera privar arbitrariamente de este derecho, de lo contrario, se les estaría despojando de sus derechos civiles y políticos (CIDH, 2001).

Las solicitudes de refugio de niñas, niños y adolescentes sustentadas en este elemento, se dan sustancialmente ante la denegación del derecho a una nacionalidad y/o a la inscripción de su nacimiento, dejándolos en situación de apatridia (ONU, 1954), lo que suscitaría la denegación de su existencia y reconocimiento, y por lo tanto, de su calidad de persona, misma que posee un nexo político y jurídico (Humanium) con un Estado. Estos últimos, utilizan como argumento para rechazar la nacionalidad el origen racial, étnico o la situación migratoria de los niños y niñas, vulnerando sus derechos fundamentales como la identidad jurídica, el derecho a la salud o a la educación.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño mandata en su artículo 7 que los niños y niñas deben ser inmediatamente inscritos una vez nacidos(as) adquiriendo asimismo una nacionalidad,

siendo los Estados los llamados a fiscalizar su cumplimiento, sobre todo cuando en caso contrario, niños y niñas resultaren estar en situación de apatridia.

Finalmente, dentro de este móvil puede ocurrir que niños, niñas y adolescentes soliciten protección internacional cuando, a causa de su nacionalidad, sus vidas se encuentren en riesgo de persecución, pudiendo ser eventualmente víctimas de trata, reclutamiento forzoso por grupos armados, sometidos a tratos crueles e inhumanos, entre otros.

### **3.4 Pertenencia a un determinado grupo social.**

Dentro de las motivaciones contenidas en la Convención de Ginebra, actualmente la “pertenencia a un determinado grupo social” es utilizada cada vez con una mayor frecuencia para presentar solicitudes de niños, niñas y adolescentes, esto, ya que los Estados han reconocido que las mujeres, las familias, las diversidades sexuales, entre otros, conforman grupos sociales. No existe una lista taxativa de estos, ya que se debe dar la posibilidad de que varíen y muten con el tiempo en atención a la evolución propia de los grupos en las sociedades y el derecho internacional.

Como causal no se encuentra definida, cuestión que ha dado paso a variadas confusiones; por ejemplo, se ha dicho que es una categoría que incluiría todo tipo de circunstancias, siendo aplicable a todas las personas que experimentan algún tipo de persecución.

Los Estados han tomado diversas interpretaciones y enfoques para dilucidar el concepto de “grupos sociales”, distinguiéndose esencialmente dos: el de las “características protegidas”, y el de la “Percepción social”. El primero de estos, centra la discusión en las características inmutables (ACNUR, 2019) propias de la especie humana, como lo son el sexo o la raza. Asimismo, la inmutabilidad puede obedecer a ciertas condiciones creadas en un momento histórico determinado que se reafirman a través del tiempo y que no pierden su vigencia, o, porque esas características no debiesen ser abandonadas por las personas en virtud de su dignidad. Por otro lado, el segundo enfoque apunta a las características comunes de un grupo determinado, las cuales deben hacer que este se distinga y destaque dentro de la sociedad.

A partir de lo anterior, se ha intentado elaborar una definición en correlación a las intenciones y finalidades de la Convención, por lo que el ACNUR a fin de zanjar la discusión determina que “grupo

social” es “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguida o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos” (ACNUR, 2019). De esta forma, se integran las características y elementos históricos que son inalterables, con aquellos que sí lo son pero que no requieren ser modificadas en vista de que estar vinculadas a la identidad y dignidad de las personas.

Dicho esto, ¿son los niños, niñas y adolescentes un determinado grupo social? Si nos apegamos rigurosamente a los elementos entregados en la definición, la edad no es una característica innata ni permanente (ACNUR, 2019) pues cambia con el tiempo. Sin embargo, ser un niño, niña o adolescente sí es una característica que es inmutable bajo cualquier circunstancia y momento histórico, ya que estos no pueden omitir su edad para soslayar un fundado temor de persecución. Asimismo, niñas y niños comparten una identidad que los(as) identifica no sólo en relación a la sociedad, sino que también en cuanto a la concepción que tienen de sí y de sus pares, del mismo modo que comparten experiencias que son propias del ser niño(a) cuando generan comunidad.

Por otro lado, hay Estados que tienen políticas de gobierno delimitadas en razón de la edad, como el servicio militar o el matrimonio, sin perjuicio de esto, la mayoría de los Estados reconoce la urgente necesidad de diferenciar a niños(as) de adultos en atención al cuidado particular que requieren.

En consecuencia, los niños, niñas y adolescentes sí pueden presentar solicitudes de asilo o refugio al ser individuos miembros de un determinado grupo social. Tal es el caso de los(as) “niños huérfanos, los(as) “niños clandestinos o ilegales”, los(as) “niños migrantes”, los(as) “niños de la calle”, los(as) “niños afectados por el VIH/SIDA”, los(as) “niños con discapacidad”, los(as) “niños reclutados forzosamente”.

No se les puede exigir a niños y niñas que se reconozcan como miembros de un determinado grupo social, pues lo importante serán las características en común compartidas, así como tampoco se les puede exigir probar que todos(as) los miembros de ese grupo experimentan persecución. Por contradictorio que nos parezca, la edad en cuanto años de vida de niños y niñas, será intrascendente para efectos de ser reconocidos(as) como parte de un determinado grupo social, no así su condición de

menores de edad, toda vez que sus solicitudes de refugio serán analizadas en función de los hechos presentados en estas.

### **3.5 Opiniones políticas.**

Para invocar este motivo, la Convención de Ginebra parte de una premisa base: el(la) solicitante tiene opiniones contrarias a las políticas, posturas y métodos de las autoridades del país o de la sociedad misma (ACNUR, 2017). Sin embargo, por el hecho de sostener tales opiniones, se debe producir un “fundado temor” de persecución.

El esquema de estudio tradicional cuestiona la capacidad de niños, niñas y adolescentes para sostener y generar opiniones políticas en vista de que aún no son adultos(as), por lo tanto, se les niega el reconocimiento de su autonomía progresiva y participación, desconociendo que cada aprendizaje, razonamiento y acción realizada por estos(as), reafirman su existencia como actores(as) políticos y sociales protagonistas de los procesos que experimentan (Pavez-Soto & Sepúlveda Kattan, 2019). Por lo tanto, desarraigarnos del adultocentrismo imperante en la sociedad, nos conduce a recuperar las vivencias de quienes realmente las componen: niños, niñas y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño, resguarda el derecho de niños y niñas a manifestar sus opiniones con plena libertad en su artículo 12, señalando que los Estados deben garantizar la posibilidad de niños y niñas para tener un juicio propio, manifestar sus opiniones con libertad y ser tomados en cuenta.

En consecuencia, y en lo que a las solicitudes de refugio respecta, los(as) niños(as) pueden tener un fundado temor de ser perseguidos(as) al ser percibidos(as) como sujetos políticamente activos(as) que manifiestan y expresan opiniones con independencia de los(as) adultos(as). En este sentido, será la valoración de ese temor lo que deberá ser analizado en conformidad a su edad, madurez y desarrollo, y no su capacidad de agencia (Pavez-Soto & Sepúlveda Kattan, 2019). Por otro lado, puede ocurrir que las opiniones emitidas por adultos (por lo general sus padres) sean atribuidos a niños y niñas por parte de autoridades o sujetos no estatales. En este caso, sus solicitudes de refugio no sólo deberán ser analizadas bajo el alero de la causal “Opiniones políticas”, sino que también a través del motivo “pertenencia a determinado grupo social”.

En último término, puede suceder que las opiniones políticas emitidas por niños, niñas y adolescentes se ajusten a las solicitudes de refugio con motivo de la religión, siendo una realidad que, en ciertas sociedades, el Estado les exige roles determinados en atención a su género. Por ende, el incumplimiento de estas obligaciones podría estar bajo la lectura de una opinión política que amenaza las estructuras de poder (ACNUR, 2019).

#### **4. CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

El artículo 1 de la Convención de Ginebra, dispone en las letras D, E y F qué personas quedan excluidas del reconocimiento de la condición de refugiado aun cuando cumplen los requisitos establecidos en la letra A del mismo artículo, a saber: quienes se encuentran recibiendo protección internacional o asistencia por parte de las Naciones Unidas; aquellas que no requieren protección internacional al estar protegidas por el país donde se encuentran residiendo; y, aquellas que no serían acreedoras de protección internacional al haber cometido crímenes o delitos contrarios a los derechos humanos (ACNUR, 1951).

Estas disposiciones evidencian la necesidad de proteger la institución del asilo y refugio sin perder de vista que, cuando se trata de materia de derechos humanos, será necesario considerar las eventuales consecuencias de esta exclusión en la vida de las personas, razón por la cual se encuentran taxativamente enumeradas.

Para aplicar estas cláusulas a niños, niñas y adolescentes se deben tener en cuenta las circunstancias y vulnerabilidades propias de la niñez, así como las reglas y principios contenidos en el derecho internacional para su protección, elementos todos que exigirán al examinador una mayor prudencia y criterio.

Respecto a la letra F, si bien pareciera ser una claridad que sobre niñas y niños pequeños esta no se debe aplicar al primar la violación de sus derechos fundamentales antes que los delitos cometidos por estos(as), la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967 no efectúan una distinción entre niños(as) y adultos(as). Sin embargo, de acuerdo a la directriz entregada por el ACNUR, esta cláusula de exclusión sólo podrá ser aplicada en niños y niñas cuando tengan responsabilidad penal en conformidad a las leyes internacionales y nacionales (ACNUR, 2019).

De esta suerte, el análisis para constatar si un niño o niña debe ser finalmente excluido en razón de los actos delictuales que ha cometido, debe ser realizado caso a caso por medio de tres etapas:

- i- Evaluación de los actos objeto de discusión, su naturaleza y circunstancias en conformidad a los criterios establecidos por la Convención.
- ii- Determinación de la participación del niño o niña en la comisión de un hecho delictivo que origina su responsabilidad individual penal.
- iii- Evaluación en cuanto a si la exclusión del estatuto de refugiado es equivalente a los efectos del acto cometido.

Es decir, se deberá tener en consideración cuestiones tales como; el estado mental, emocional e intelectual del niño o niña con el fin de dilucidar si actuó o no con conocimiento; la motivación para cometer aquellas acciones, ya que puede ocurrir que haya actuado por imposición, por defensa propia o de otros; y, las posibles consecuencias si regresara a su país de origen.

En suma, en relación a las cláusulas de exclusión de la condición de refugiado contenidas en las letras D, E y F, sólo esta última suscitaría un eventual riesgo para niños, niñas y adolescentes al no poder contar con la protección internacional que otorga la institución de refugio, pues puede ocurrir que un grave temor de persecución no sea suficiente al momento de sopesar el acto o hecho cometido.

## **5. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.**

Como se ha señalado, el aumento insostenible de refugiados(as) en el mundo mueve a la comunidad internacional a desarrollar nuevos cuerpos normativos para brindar ayuda y protección a quienes se encontraren en dicha situación. Gracias a esto, los(as) refugiados comienzan a ser visibilizados como sujetos de derechos que cuentan con una serie de garantías mínimas y mecanismos de protección, entre estos, principios de carácter universal e inderogables como lo es el Principio de No Devolución. Así, el derecho a solicitar refugio o asilo se posiciona como uno de los primeros campos en el derecho internacional en amparar este principio.

Desde nuestro punto de vista, el principio de No Devolución se puede analizar como un derecho y/o una obligación. Será una obligación en cuanto los Estados no pueden devolver o expulsar a las personas



solicitantes de refugio o refugiadas a un Estado donde su vida o libertad se pueda ver amenazada debido a la persecución que experimentan, así como tampoco, los Estados podrán delimitar sus obligaciones excluyendo parte de su territorio jurisdiccional en protección de estos(as); en tanto, será un derecho de los(as) solicitantes de refugio o refugiados(as) para hacer exigible esta garantía a los Estados, más aún, si luego de un examen individualizado, es absolutamente creíble y previsible que exista un riesgo para sus vidas.

Normativamente, se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951, el cual dispone:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país (ACNUR, 1951).

Dicho artículo, determina que la aplicación de este principio no es un absoluto, ya que sólo se adjudicará a aquellas personas que cumplan con las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 1 letra A de la Convención, excluyendo de esta forma, a quienes sean considerados(as) un peligro en el país en el que permanecen, o una amenaza al haber cometido un delito grave.

En esta línea, el artículo 42 numeral 1 de la Convención y el artículo VII numeral 1 del Protocolo de 1967, revelan cuán importante es el principio de No Devolución a efectos de otorgar una debida protección internacional a los(as) solicitantes de refugio amparados por el derecho internacional de los derechos humanos, ya que una vez que los Estados miembros adhieren a estos instrumentos, se les prohíbe de manera estricta realizar reservas al artículo 33 de la Convención.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22, incisos 6), 8) y 9), relaciona directamente el Principio de No Devolución con el Derecho de Circulación y Residencia, precisando que si un extranjero ingresa legalmente a un territorio su expulsión sólo procederá con

fundamento de ley, sin embargo, si al ser devuelto a otro país su vida o libertad están en riesgo con motivo de su raza, nacionalidad, religión, condición social o sus opiniones políticas, dicha decisión no podrá ser aplicada en ningún caso.

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), dispone en su artículo 13 inciso final que no se podrá devolver a una persona cuando de manera fundada su vida corra peligro, encontrándose expuesta a torturas, tratos crueles o inhumanos, o pueda eventualmente ser juzgada por tribunales de excepción.

Todo lo anterior, apunta a la primacía de este principio y/o norma consuetudinaria del Derecho Internacional (CIDH, 2014), siendo aplicable a cualquier acción que tomen los Estados en todo lo relacionado a la devolución, deportación, y expulsión de personas solicitantes de refugio, punto que se debe sopesar en lo referente a las expulsiones de “devolución indirecta” (CIDH, 2001).

Por otro lado, y bajo el supuesto anterior, las autoridades migratorias deben tomar en cuenta tanto la situación de refugio de aquellas personas que se encuentran en los límites territoriales como la situación de aquellas personas que ya ingresaron al país antes de tomar alguna decisión, pues la institución de refugio les otorga protección con trascendencia de las fronteras.

Con relación a el Principio de No Devolución en niños, niñas y adolescentes, se deberá analizar en virtud del riesgo y nivel de afectación de su interés superior, por lo tanto, las expulsiones de niños y niñas en el sentido de devolverles a su país de origen y/o residencia habitual, no serán posibles en la medida que sus derechos fundamentales se encuentren en peligro, lo que incluiría su vida, su desarrollo adecuado y su supervivencia (CIDH, 2014).

Tanto la CIDH como la Convención sobre los Derechos del Niño, estiman que el riesgo de violación de los derechos de niñas y niños debe ser analizado bajo el enfoque de la edad, el género y la ejecución de sus derecho civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así, se establecen una serie de medidas para evaluar si existe o no un riesgo real para niños, niñas y adolescentes en caso de expulsión. Específicamente: su seguridad personal y social en relación a la atmósfera de su país en caso de regresar; existencia de medidas reales para su atención; riesgo de manifestar sus opiniones; nivel de inclusión en el país de acogida y periodo de ausentismo en su país de origen; derecho a conservar y

mantener su identidad, nacionalidad, relaciones familiares, origen étnico y religión; continuidad en su educación (ACNUR, 2017).

Por conclusión, el Principio de No Devolución de niños, niñas y adolescentes determina la prohibición a los Estados “de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado” (ONU, 2009) cuando su vida, libertad y derechos fundamentales, puedan ser violados a consecuencia de una amenaza o persecución. Por consiguiente, las decisiones de las autoridades migratorias con relación a los niños y niñas, deberán recoger elementos positivos motivados por su interés superior y el derecho internacional, por lo tanto, si no están las condiciones para atenderles, su devolución no se puede efectuar.

### **CAPÍTULO III.**

#### **EL DERECHO A SOLICITAR REFUGIO Y ASILO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL**

##### **1. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.**

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), es el pilar del sistema normativo internacional y punto de partida de la consolidación del derecho internacional consuetudinario. Los derechos establecidos son universales, inalienables, interrelacionados, independientes e indivisibles, siendo el derecho a la no discriminación un principio transversal que se complementa con el principio de igualdad” (Consejo Nacional de la Infancia, 2016).

Este instrumento internacional es el primer catálogo internacional contemporáneo de derechos humanos (Pául Díaz, 2016). Fue aprobada el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, la cual se llevó a cabo en la ciudad de Bogotá, y su objetivo prioritario es indicar qué y cuáles son los derechos humanos que los Estados integrantes de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben respetar en atención al contexto histórico, político y social del momento.

La Declaración Americana no tiene un carácter vinculante para los Estados, esto, sin perjuicio del poder normativo (Buergethal, 1989) que ha adquirido con el transcurso de los años. Algunos autores se han aventurado a decir que el artículo 29 letra d) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos,

al hacer mención expresa al efecto de la Declaración, estaría indicando que efectivamente produce efectos jurídicos en el sistema interamericano (Pául Díaz, 2016), dotándola así de un carácter vinculante.

En cuanto a su orgánica, la Declaración está compuesta de un preámbulo y dos capítulos, los que contienen un total de 38 artículos. De estos y en cuanto al tema central de este trabajo, dos son los que cobran importancia: el artículo VII y el artículo XXVI.

Por un lado, el artículo VII expone el Derecho de protección a la maternidad y a la infancia, enunciando sin más preámbulo que tanto niños y niñas como mujeres poseen el derecho a exigir una protección especial en conformidad al derecho internacional, mientras que, el artículo XXVII referido al Derecho de asilo, utiliza el genérico “toda persona” sin realizar una distinción entre niños(as) y adultos(as), ni tampoco un desarrollo más acabado sobre derecho a solicitar asilo o refugio. Creemos que esto último se debe a la temporalidad y objetivos centrales de la Declaración.

## **2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.**

A través de la Resolución N°217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos en la ciudad de París, siendo uno de los pocos resultados positivos de la Segunda Guerra Mundial. Fue aprobada para ese entonces, por 58 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, entre ellos Chile. Su objetivo primordial es impedir que la crueldad y barbarie vivida en el periodo de guerras volviese a surgir, siendo por lo tanto una materialización de ese ideal al trazar garantías y lineamientos en torno a los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento (ONU).

La Declaración reconoce que tanto los derechos básicos como las libertades fundamentales son inherentes e inalienables a todos los seres humanos por su condición de tal, debiendo aplicarse a todas las personas, quienes nacen libres y con igualdad de dignidad. Esto último, fundamenta la existencia de los derechos humanos independiente de cuestiones tales como la nacionalidad, el género, la raza, lugar de residencia, religión o el idioma.

Los Estados, han incorporado dentro de sus Constituciones Políticas parte de estos principios, viéndose en la obligación de respetarlos y promoverlos. Si bien desde un comienzo la Declaración Universal de Derechos Humanos no logró ser reconocida como un tratado internacional obligatorio ni vinculante para los Estados firmantes -al ser una declaración, y de manera más precisa, una recomendación y no una Convención, pues de lo contrario sí sería obligatoria para los Estados que la ratifican o adhieren a ella (Ventura-Robles, 1996)-, actualmente hay tesis<sup>3</sup> que le reconocen un valor jurídico a la Declaración Universal, donde su fuerza vinculante se adquiere al ser parte del Derecho Internacional Consuetudinario y de manera indirecta, al incorporar la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, podemos inferir que la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido reconocida de manera paulatina.

Acerca de su estructura, este se compone por un preámbulo y 30 artículos, siendo sustanciales para el presente análisis dos de ellos: el artículo 14 y el artículo 25.

El artículo 14 presenta un elemento adicional sobre el derecho a solicitar asilo, y es que aun cuando se siguen excluyendo los delitos comunes (en relación a la Declaración de los Derechos y Deberes del hombre), agrega las acciones judiciales que se originan de estos, así como también, suma los actos contrarios a los principios o enfoques establecidos por las Naciones Unidas, dando trascendencia a lo tratado en la Declaración misma. Sin embargo, no realiza una distinción entre niños(as) y adultos(as), ni indaga con mayor detalle en su derecho a solicitar refugio o asilo.

Por último, el artículo 25 envuelve el derecho a un cuidado especial para la infancia, sacando del foco de discusión la filiación matrimonial o extramatrimonial de niños y niñas y el poder de esta condición para el ejercicio de sus derechos.

### **3. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Entre el 7 y 22 de noviembre de 1969, se celebró la Conferencia Interamericana sobre derechos humanos, entrando en vigor el 18 de julio de 1978 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada también “Pacto de San José”.

---

<sup>3</sup> De acuerdo a lo expuesto por Manuel E. Ventura-Robles, la primera Tesis es conocida como: “La incorporación indirecta a la Carta de las Naciones Unidas”, y la segunda como: “La incorporación al Derecho internacional consuetudinario.”

Este tratado viene a plasmar el término de un proceso que busca salvaguardar los derechos esenciales del hombre y denunciar su violación dentro del continente americano.

En la actualidad, 25 naciones americanas han ratificado o se han adherido a la Convención, teniendo carácter obligatorio y vinculante para estos. Con fecha 22 de noviembre de 1969, el Estado de Chile se suscribe, y a través del Decreto N°873 declara reconocer la competencia de la CIDH para aplicar e interpretar la Convención, así como también, declara reconocer la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las alegaciones de los Estados basadas en la violación de los derechos humanos.

Su composición estructural consta de 3 partes, 11 capítulos y 82 artículos en total. De estos, dos artículos son relevantes para niños, niñas y adolescentes y su derecho a solicitar refugio. A saber el artículo 19 sobre Derechos del Niño, y el artículo 22 número 7 sobre Derecho de Circulación y de Residencia.

Si bien la Convención Americana considera a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho que requieren una especial protección -haciendo expresa mención de ello en su artículo 19-, no menciona a aquellos(as) que requieren protección internacional por medio de la institución de refugio, ya que se limita a referenciar de manera exclusiva el asilo por delitos políticos o comunes conexos en su artículo 22 número 7, disminuyendo así su campo de ejercicio.

#### **4. PACTOS DE NUEVA YORK O PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.**

En lo sucesivo, los Estados fueron tomando conciencia que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los pactos o convenios posteriores a esta, no lograron poner fin a los conflictos armados. Es así que surgen dos pactos vinculantes con la finalidad de reforzar jurídicamente los artículos contenidos en la Declaración: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966 en la ciudad de Nueva York, por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI).

Estos instrumentos son colaborativos entre sí e interdependientes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conformando lo que ahora se reconoce como la Carta de los Derechos Humanos.

#### **4.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.**

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos comienza a regir el 23 de marzo de 1976, al igual que sus dos Protocolos<sup>4</sup>. Los derechos contenidos en este se encuentran estrechamente vinculados con la libertad del ser humano, o, desde otra perspectiva, con la abstención de la intervención del Estado en la libertad de todo ser humano (Humanium). Por otro lado, busca proteger derechos tales como: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, la libertad individual en cuanto a su movimiento, pensamiento, expresión, conciencia y religión, entre otros.

En relación al eje central de este trabajo, el Pacto inserta el derecho de protección especial que poseen niños, niñas y adolescentes por su condición de tal en su articulado 24.

Si bien nada dice sobre el derecho de niños, niñas y adolescentes para solicitar protección internacional ante un fundado temor de persecución, destacamos la manifestación expresa de la no discriminación a niños, niñas y adolescentes en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, fundamentos compartidos con la institución de refugio.

#### **4.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entra en vigor el 3 de enero de 1976, y a diferencia del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, tiene por objetivo afianzar el rol del Estado como agente clave para promover y proteger los derechos que garantizan un nivel de vida adecuado, continuo y permanente a las personas.

---

<sup>4</sup> Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Mecanismo por el cual las personas pueden iniciar las denuncias contra los Estados miembros. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Abolición de la pena de muerte.

En cuanto a su carácter obligatorio, se buscó dar cumplimiento inmediato a determinados derechos<sup>5</sup>, sin embargo, entendiendo que los Estados debían observar elementos económicos internos se dio un plazo razonable y progresivo para ello.

En su organización interna, cuenta con un preámbulo, cinco partes y 31 artículos, de estos, el artículo 10 N°3 procura dar inmediata aplicación a la protección de niños, niñas y adolescentes. De este último, acentuamos la mirada en que, dentro del marco de protección de niños, niñas y adolescentes, además de incluir la no discriminación por filiación -lo que refuerza el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos-, incluye la protección frente a la explotación económica y social que estos(as) pueden experimentar, plasmando así la urgencia que requiere la limitación del trabajo infantil.

Sin embargo, y al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no toma en consideración el derecho a solicitar refugio o asilo de niños, niñas y adolescentes.

## **5. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

La Convención sobre los Derechos del Niño cuenta con un primer antecedente; la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, elaborada por Eglantyne Jebb y adoptada por la Sociedad de Naciones. Posteriormente, en 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño ampliando aún más el espectro de derechos en favor de niños, niñas y adolescentes. Ambos instrumentos surgen a partir de la necesidad de proteger a los niños y niñas en el ámbito laboral, sin embargo, oportunamente comenzaron a cubrir otras áreas de protección.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención de los Derechos del Niño a través de su Resolución 44/25, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Por medio de este instrumento se reconoce a niños, niñas y adolescentes como agentes sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, o, como sujetos de derechos merecedores de garantías mínimas para su protección. Además, se subraya la especial necesidad de protección que requieren por

---

<sup>5</sup> Derechos tales como: la igualdad entre hombre y mujeres, el derecho de sindicación y huelga, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, derecho a un nivel de vida adecuado lo que incluye cuestiones como la alimentación y vivienda, el derecho de los padres o tutores para escoger las escuelas libremente de sus hijos e hijas o pupilos y pupilas, entre otros



su condición de tal, lo que por consecuencia transforma a los(as) adultos y el Estado en garantes de su seguridad.

Los Estados al firmar, ratificar o adherir a la Convención, se comprometen a adecuar su legislación interna y/o carta fundamental en conformidad a los principios establecidos en ella, viéndose en la obligación de realizar el máximo esfuerzo para que niños, niñas y adolescentes puedan gozar plenamente de sus derechos y se beneficien de una serie de medidas de apoyo y cuidado, como el acceso a la salud y educación, el desarrollo pleno de su personalidad, el crecimiento en un medio ambiente de amor y felicidad, el derecho a estar informados(as) en los procesos y procedimientos judiciales y administrativos en que participen, etc.

La Convención se acopla a un conglomerado de derechos que tienen por base cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y finalmente, el respeto por la opinión de los niños y niñas.

Por otro lado, cuenta con tres Protocolos facultativos<sup>6</sup>, y en su composición interna consta de un preámbulo, tres partes y 54 artículos. Si bien su contenido incluye un sinnúmero de medidas de protección y garantías para resguardar, cuidar y proteger a niños, niñas y adolescentes, para efectos del presente análisis se han de resaltar tres: el artículo 2, el artículo 3.2 y el artículo 22.

El artículo 2 establece el efecto vinculante de la Convención. Los Estados Partes tendrán la obligación de asegurar su aplicación a todos los niños, niñas y adolescentes sin discriminación alguna, debiendo tomar las medidas para salvaguardarles. Por su parte, el artículo 3 N°2, en armonía con el artículo 2, establece que, para dar cumplimiento a lo anterior, los Estados deberán incluir a todos aquellos actores sociales responsables de los niños y niñas ante la Ley.

Finalmente, y a diferencia de otros instrumentos internacionales, el artículo 22 traza líneas para que los Estados de manera manifiesta puedan seguir, respetar y promover el derecho de niños, niñas y adolescentes a solicitar Refugio. Para ello, establece medidas con estricto apego al estatuto de

---

<sup>6</sup> Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y, Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Refugiados de 1951, y dispone la necesidad de cooperación con organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales y de las Naciones Unidas para localizar la familia en caso de que estos(as) no se encuentren acompañados(as). Así, es la Convención sobre los Derechos del Niño quien disrumpe el silencio existente hasta al momento sobre el derecho a solicitar protección internacional de niños, niñas y adolescentes, obligando al mundo a reconocerlos(as) en primer y único lugar como sujetos autónomos de derechos con capacidad suficiente para ejercer su derecho a solicitar refugio.

## **6. OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

El Comité de los Derechos del Niño es un órgano compuesto por 18 especialistas independientes de diversas nacionalidades, quienes tienen como objetivo vigilar y observar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos. Asimismo, procuran fomentar el esfuerzo de profundización en los derechos de niños, niñas y adolescentes, realizan propuestas y observaciones en relación a los informes periódicos presentados por los Estados Partes, investiga a los Estados en caso de recibir denuncias por violación a los derechos de niños, niñas y adolescentes, y, generan Observaciones Generales de los artículos, disposiciones y contenido de la Convención.

A continuación, se analizarán las Observaciones Generales Ns° 6, 7, 12, 14, 20, 22 y 23, los cuales desarrollan el derecho de asilo y refugio de niños, niñas y adolescentes.

### **6.1 Observación general núm. 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen.**

Esta Observación busca evidenciar la proliferación de la migración internacional de niños, niñas y adolescentes no acompañados y/o separados de sus familias en contextos de extrema vulnerabilidad.

Los Estados se han enfrentado a mayores dificultades para atender y proteger los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, situación que se agudiza con políticas que buscan resguardar la seguridad nacional, claro ejemplo de ello es que “en muchos países se rehúsa sistemáticamente la entrada de menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración” (Comité de los Derechos del Niño, 2005). Asimismo, el Comité ha detectado en más de una ocasión que, en el caso de niños y niñas refugiados(as), los Estados les deniegan el acceso al procedimiento de asilo, no tramitan sus solicitudes

en conformidad a sus derechos, o en el eventual caso de ser reconocidos como tal, se les prohíbe solicitar reunificación familiar.

A raíz de lo anterior, el Comité establece guías u orientaciones para que los Estados puedan cumplir las obligaciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niños y hacer efectiva la protección de menores no acompañados y/o separados de sus familias. En ese marco, se advierte en primer lugar el deber de aplicar los derechos de la Convención a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro de sus territorios jurisdiccionales y/o fronteras, así como también, a todos(as) aquellos(as) niños y niñas que están intentando ingresar a territorio nacional, por ende, el goce de estos derechos también será aplicable a niños(as) solicitantes de asilo y refugio.

Una segunda obligación va referida al principio de No discriminación, el cual se aplica en plenitud a los(as) niños no acompañados y/o separados de sus familias, así como también a los(as) niños que se encuentran en situación de asilo y refugio, incluso, el Comité ha llegado a decir que este derecho puede significar la exigencia de un trato diferenciado para estos(as) últimos, siempre y cuando se funde en una urgente necesidad de protección basados en la edad o el género (Comité de los Derechos del Niño, 2005).

En un tercer punto, el Comité realiza una ponderación sobre el Interés Superior del Niño como consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y largo plazo, estableciendo como base que, cuando se trata de menores desplazados, este principio debe estar presente en todo momento. Asimismo, obliga a las autoridades y profesionales que intervienen en los casos de niños(as) no acompañados y separados de sus familias a estudiar la identidad, los antecedentes, la historia y la cultura de cada uno(a) de estos(as), y, como paso subsiguiente, les obliga a designar un tutor y/o representante legal que los(as) pueda guiar en los diferentes procesos, cuestión fundamental en el caso que requieran la protección internacional del asilo o refugio.

Por otro lado, el Comité repara en que, el derecho del niño a expresar su opinión libremente es esencial para niños(as) no acompañados(as) y/o separados(as) de sus familias, ya que no sólo considera la posibilidad de que puedan manifestar sus intenciones y opiniones, sino que también, puedan guiarse de manera informada sobre los procedimientos de los que disponen, como por ejemplo, el procedimiento de refugio o asilo.

Finalmente, el punto VI de esta Observación, trata el “Acceso al Procedimiento para obtener el Asilo, Garantías Jurídicas y Derechos en la materia”, desarrollando de manera específica cómo es que los(as) niños(as) no acompañados y/o separados de sus familias deben ser tratados en el procedimiento de asilo o refugio. En un primer apartado, se recuerda a los Estados Partes el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño su obligación de brindar las medidas adecuadas a todos(as) los(as) menores no acompañados y/o separados de sus familias desde que solicitan asilo, las cuales se pueden resumir en: disponer de vías eficientes para el acceso a este procedimiento, y una legislación acorde a la edad y especial situación de susceptibilidad en que se encuentran, de manera tal, que unidos puedan demostrar la real aplicación de los derechos humanos contenidos en la Convención de Refugiados de 1951 y otros instrumentos internacionales relacionados.

Estas garantías y medidas de apoyo deberán tener como fundamento la vulnerabilidad de los(as) menores no acompañados(as) y por lo tanto considerar: la representación de un adulto(a) cualificado que sea capaz de posicionar el interés superior de estos(as); la priorización en la tramitación de sus solicitudes de asilo; la resolución de las decisiones por autoridades competentes dentro del procedimiento de asilo y refugio; la realización de entrevistas individuales a lo largo de todo el proceso en conformidad a su edad y madurez; la deliberación en base a sus antecedentes personales, familiares y culturales antes de tomar una decisión final; la intervención de intérpretes en caso de ser necesario; el otorgamiento del “beneficio de la duda” ante la inconsistencia de sus relatos; y, la posibilidad de recurrir en contra de las decisiones tomadas por la autoridad.

Para terminar, el Comité entiende que, si los(as) menores no acompañados y/o separados de sus familias no cumplen con los requisitos para ser reconocidos(as) como refugiados, igualmente deberán gozar de otras formas de protección internacional, comenzando por el disfrute de todas aquellas normativas que el territorio jurisdiccional donde se encuentran estipule en su favor.

## **6.2 Observación general núm. 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia.**

La primera infancia es fundamental para lograr una eficaz ejecución y asentamiento de los derechos abordados por la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité observa que el estudio de esta etapa de vida ha sido subsumida sólo a determinadas áreas. Aunque esto último resulta igualmente beneficioso, no hay un análisis detallado que haga referencia a las significancias y consecuencias de

vivir una primera infancia al alero de la Convención. Por lo tanto, su intención es incursionar en la comprensión de los(as) niños(as) más pequeños como agentes sociales que tienen derechos y necesidades propias, y así, guiar a los Estados a ser uno de los principales garantes en su cuidado.

La Convención sobre los Derechos del Niño define al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (ONU, 1989), por ello, el Comité delimita el grupo a analizar puntualizando a la primera infancia como el “periodo comprendido desde el nacimiento hasta los 8 años de edad” (Comité de los Derechos del Niño, 2006), o como el estadio que se da “al nacer y durante el primer año de vida, durante los años preescolares y en la transición a la escolarización” (Comité de los Derechos del Niño, 2006).

Acerca del asilo y refugio, la Observación plantea consejos mucho más acotados, centrando su atención en fomentar el acceso a los programas y servicios que aseguren el bienestar de los niños y niñas más vulnerables, teniendo en especial consideración en los(as) más pequeños. Profundiza lo anterior, al identificar que los(as) niños(as) pequeños solicitantes de asilo y refugio requieren necesidades especiales de protección ya que no sólo son altamente susceptibles de vivir discriminación, sino que además, poseen una menor capacidad para comprender los infortunios que se les van presentando y menos herramientas para reaccionar a sus efectos. En relación a esto, el Comité manifiesta que si niños(as) pequeños(as) se encuentran en una circunstancia difícil, se les debe tener una consideración particular en razón de sus rápidos cambios y desarrollo pues “son más propensos a la enfermedad, el trauma y al desarrollo distorsionado o perturbado, y se encuentran relativamente impotentes para evitar las dificultades o resistirse a ellas, dependiendo de otros, que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior” (Comité de los Derechos del Niño, 2006).

Finalmente, el Comité suscita a los Estados Partes a velar por la recuperación de la salud física y psicológica de los niños(as) pequeños(as) refugiados, al presentar mayores síntomas de confusión y pérdida, siendo necesario otorgarles un contexto que les asegure por sobre todo su dignidad y defensa.

### **6.3 Observación general núm. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado.**

El Comité de los Derechos del Niño señala que el derecho del niño(a) a ser escuchado es uno de los cuatro principios y valores fundamentales de la Convención, por lo tanto, y al igual que el derecho del

Interés Superior del Niño, condiciona la interpretación y respeto de todos los demás derechos de la Convención.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño erige a niños, niñas y adolescentes no sólo como sujetos de derechos, sino que también, cómo sujetos jurídicos y sociales que cuentan con la capacidad de tener una opinión autónoma, siendo responsabilidad de los Estados preservar que estos(as) se puedan expresar libremente y sean tomados en cuenta en todos los asuntos que les afecten. En general, los(as) niños(as) no cuentan con las mismas posibilidades para presentar sus posturas y defender sus intereses, y ante este escenario se ha buscado potenciar su participación permanente en los distintos procesos. Sin embargo, el Comité Observa que el derecho del niño(a) para expresar su opinión, ser escuchado y ser tomado en cuenta, se ve fuertemente obstruido por malas prácticas de diversas índole.

Al mismo tiempo, el Comité considera que los grupos de niños(as) que presentan una mayor precariedad y segregación en la sociedad son quienes enfrentan mayores inconvenientes para ejercer estos derechos, como es el caso de niños y niñas en situación de migración y/o asilo.

Es fundamental que niños(as) vulnerables manejen toda la información conveniente al caso (derechos, servicios, medios de comunicación, etc.), en su propio idioma, con el objeto de hacer oír su voz. En el caso de niños(as) solicitantes de asilo, es fundamental que algún tutor o asesor jurídico les otorgue conocimiento acerca del procedimiento, pues en muchos de los casos requerirán datos de sus familias o información de sus países de origen o residencia que serán decisivos a la hora de determinar su condición.

Por último, a través de un “Análisis Jurídico” literal del artículo 12 párrafo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se recalca que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados(as) en los procedimientos administrativos o judiciales, es en realidad aplicable a todo tipo de procedimiento donde se vean afectados sus derechos, siendo uno de estos el procedimiento de refugio.

#### **6.4 Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.**

El interés superior del niño es un derecho que no ha sido únicamente tratado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ya que con anterioridad, la Declaración de los Derechos del Niño de

1959 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 lo hicieron sucintamente. Esto, por su nivel de injerencia y transversalidad.

Actualmente, se encuentra contenido en el artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciándolo como un principio de interpretación y aplicación sobre todos los derechos del niño(a) y su contexto (Comité de los Derechos del Niño, 2013), así, su fundamento radica en que el interés superior de niños y niñas sea lo primordial en todas las decisiones políticas, administrativas y judiciales. Al efecto, garantizar y promover el goce y disfrute en plenitud de los derechos contenidos en la Convención, significará en los hechos asegurar el interés superior de los(as) niños(as) en toda materia.

El Comité, aclara que el interés superior del niño puede ser entendido como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y/o una norma de procedimiento. Será un derecho sustantivo toda vez que su consideración es primordial antes de tomar cualquier decisión en miras a resolver un conflicto donde esté inmerso un niño, niña o adolescente; será un principio jurídico interpretativo fundamental cuando haya que elegir una interpretación jurídica eficaz para alcanzar el interés superior del niño; y, finalmente, será una norma de procedimiento cuando toda decisión que pueda tener una repercusión en la vida de niños, niñas y adolescente, se pondere y fundamente en razón de su interés superior (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

A la postre, en el punto IV de la Observación se elabora un “Análisis jurídico y relación con los principios generales de la Convención”, destacando que las autoridades administrativas al contar con amplias facultades para decidir e incidir en la protección del asilo y la inmigración de niños, niñas y adolescentes, sus decisiones siempre deben estar en función del interés superior de estos(as). Asimismo, en el punto V titulado “Aplicación, evaluación y determinación del interés superior de niño”, expresa que uno de los elementos para tener en cuenta al evaluar el interés superior del niño, es la situación de indefensión que los(as) niños(as) refugiados o solicitantes de asilo presentan. Por lo tanto, el interés superior del niño no sólo debe ir en el sentido de observar el pleno disfrute de los derechos contenidos en la Convención o en las normas internacionales de derechos humanos, sino que también, debe estar en conformidad a la evaluación particular de cada niño, niña y adolescente.

## **6.5 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.**

Esta Observación toma por discusión y análisis los enfoques que los Estados Partes adoptan para garantizar de manera efectiva el ejercicio y protección de los derechos de los(as) adolescentes en conformidad a su nivel de desarrollo y capacidad de acción, las cuales difieren sustancialmente a la de los(as) más pequeños(as).

El Comité llama la atención a los Estados por la escasa intervención que han tenido para potenciar los recursos que los(as) adolescentes poseen como agentes de cambio, así como también para que estos(as) puedan disfrutar de sus derechos, lo que a su juicio trae graves impactos a largo plazo ya que “las bases establecidas durante la adolescencia en términos de seguridad emocional, salud, sexualidad, educación, aptitudes, resiliencia y comprensión de los derechos tienen profundas consecuencias, no solo para el desarrollo óptimo de la persona, sino también para el desarrollo social y económico presente y futuro” (Comité de los Derechos del Niño, 2016).

Asimismo, se denuncia la dificultad que existe para definir la adolescencia, pues los(as) niños(as) alcanzan su nivel de madurez a distintas edades y se desarrollan en diferentes momentos, todo lo cual también puede estar bajo el influjo de su contexto, por lo que centra la observación en niños y niñas desde los 10 hasta los 18 años.

El punto XII de la Observación trata las medidas específicas de protección para los(as) adolescentes en temas tales como: conflictos y crisis, trata, reclutamiento en las fronteras y grupos armados, justicia para adolescentes y migración. Sobre este último, no es una novedad que los(as) adolescentes experimenten cada vez más la migración dentro o fuera de sus países de origen o residencia motivados por encontrar una mejor calidad de vida, una mejor educación o incluso, motivados por reencontrar a sus familias, por ello es importante tomar en cuenta los riesgos y obstáculos a los que se pueden enfrentar en ese tránsito. Los Estados son los encargados de estudiar y afrontar los factores que dan curso a la migración, y también de abordar las causales de las violaciones y desprotecciones sistemáticas que pueden vivir los(as) adolescentes.



Acerca de la institución del asilo y refugio, el Comité finalmente recalca que el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los(as) niños(as) refugiados y solicitantes de asilo requieren una prevención especial para el goce y disfrute de sus derechos, con la finalidad de beneficiarse de las garantías contenidas en el régimen internacional de la protección de los refugiados (Comité de los Derechos del Niño, 2016). Todos(as) los(as) adolescentes que se encuentren en situación de asilo o refugio no podrán ser expuestos(as) a procedimientos rápidos de expulsión o devolución, por el contrario, los Estados Partes deberán asegurar su ingreso a los territorios jurisdiccionales en razón del interés superior del niño, determinando en primer lugar la necesidad de protección internacional que requieren y no su condición migratoria.

**6.6 Observación General conjunta núm.3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y núm.22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.**

Por medio de esta Observación se establece una orientación a los Estados Partes sobre las medidas legislativas y políticas afines para garantizar el cumplimiento máximo de las obligaciones establecidas en diversas Convenciones relacionadas con la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración internacional, ya sea por haber migrado con padres o cuidadores habituales, no acompañados o separados, habiendo regresado a su país de origen, habiendo nacido de padres migrantes en países de tránsito o destino, o permaneciendo en su país de origen mientras que uno o ambos progenitores han migrado a otro país (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018).

En su extensión, los Comités instan a los Estados para que las autoridades responsables de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración cumplan una función competente, no sólo en las decisiones y políticas internas que les pueden afectar, sino que también, los convoca a asumir un rol activo en la protección infantil a nivel internacional en coordinación con otros Estados y agentes. En esta línea, da cuenta que, para concertar políticas efectivas se deben recoger las necesidades de niños, niñas y adolescentes plasmándolas en todas las etapas de formulación existentes.

Asimismo, resulta fundamental a criterio de los Comités, tener un enfoque basado en los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que se vea plasmado a través de políticas amplias e institucionales de protección a la niñez migrante, en recursos presupuestarios que puedan dar cumplimiento a las políticas y programas adoptados, y en capacitaciones periódicas a todos(as) los(as) funcionarios(as) encargados de ejecutar acciones en protección de niñez migrante y refugiados (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018).

En el cuerpo central de la Observación General, los Comités analizan principios fundamentales en relación a los derechos de los niños y niñas en contexto de migración internacional, siendo el primero de ellos el principio de No discriminación contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de Niño, y los artículos 1 y 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el cual obliga a los Estados Partes a respetar y garantizar los derechos de todos los(as) niños(as) migrantes independiente de su situación migratoria (regular o irregular), su situación de apatridia o víctimas de trata, si se encuentran en una situación de expulsión o devolución al país de origen o residencia habitual, si están o no acompañados, de su nacionalidad, o si son solicitantes de asilo o refugio.

Es necesario aclarar que si bien el artículo 3 letra d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que esta normativa no será aplicable a los(as) refugiados, supondrá igualmente su aplicación si las legislaciones internas de los Estados (Humanium) así lo prevén, o incluso, si los instrumentos internacionales que estos han adoptado así lo establecen. En este aspecto, los Comités recuerdan que en aquellas situaciones donde las normas pueden diferir, siempre se deberá priorizar la aplicación de disposiciones que den plena efectividad a los derechos de todos(as) los(as) niños(as) que se encuentren en un contexto de migración internacional (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018).

En segundo lugar, los Comités centran su estudio en el principio del Interés superior del Niño. Sobre este, quisiéramos resaltar el llamado que hacen a los Estados Partes para salvaguardar la plena aplicación del interés superior del niño de manera integral y coherente en sus legislaciones migratorias, y en las políticas y planificaciones relacionadas, pero por sobre todo, en las decisiones que las

autoridades judiciales y administrativas deban tomar caso a caso. Para ello, se les insta a realizar sistemáticamente evaluaciones y procedimientos de determinación del interés superior del niño como parte de las decisiones que pueden afectar a los(as) niños(as) migrantes (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018). En cuanto al Procedimiento de Refugio, los Comités manifiestan su preocupación respecto a la vinculación que los(as) niños(as) tienen con sus familias, ya que estas se pueden ver sumamente afectadas dentro del proceso migratorio, por lo tanto, resguardar su interés superior en las distintas etapas de determinación del asilo debe ser una consideración primordial.

Seguidamente, los Comités revisan el derecho a ser oído, a expresar su opinión y a la participación de niños, niñas y adolescentes contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se subraya la obligación de los Estados Partes para considerar el especial estado de vulneración que pueden presentar niños, niñas y adolescentes inmersos en contextos migratorios, debiendo aplicar las medidas adecuadas para que, como agentes independientes, sean escuchados(as) en todos los aspectos que afectan sus vidas.

Dentro del Procedimiento de Refugio los(as) niños(as) deben ser escuchados(as) y considerados(as) a lo largo de todo el procedimiento, proporcionándoles la información referente a sus derechos, los servicios disponibles, los medios de comunicación, los mecanismos de denuncia y los resultados del proceso en términos que puedan entender en conformidad a su edad (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018).

Por último, sobre el principio del Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo englobado en el artículo 9 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Comités informan que la vida y la supervivencia abarcan dimensiones físicas, psíquicas, morales, espirituales y sociales en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018). Asimismo, es alarmante para los Comités las formas de violencias que dentro del proceso migratorio los(as) niños(as) pueden experimentar, situación que se intensifica cuando no existen canales regulares y seguros para migrar.

Finalmente, la Observación General examina de forma acotada pero acertada, el principio de la No devolución y prohibición de la expulsión colectiva desarrollado en los artículos 9, 10 y 12 de la Convención Internacional de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y en los artículos 6, 22 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En relación a este punto es del todo pertinente citar lo manifestado por los Comités en relación a la institución del Refugio: “se prohíbe a los Estados expulsar de su jurisdicción a las personas, con independencia de su situación de residencia o en materia de nacionalidad, asilo u otra condición, cuando correrían el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable” (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2018).

**6.7 Observación General conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño 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.**

Aun cuando la presente Observación conjunta es independiente, debe leerse de manera armónica y complementaria con las Observaciones Generales núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en contexto de la migración internacional.

Acerca de la obligación jurídica de los Estados Partes de proteger los derechos de los(as) niños(as) en el contexto de la migración internacional, la Observación General desarrolla temas tales como: la edad; el derecho a la libertad; las garantías procesales y el acceso a la justicia; el derecho a un nombre, una identidad y una nacionalidad; la vida familiar; la protección contra todas las formas de violencias y abusos -incluidas la explotación, el trabajo infantil y el secuestro, y la venta o trata de niños-; el derecho a la protección contra la explotación económica; los trabajos prematuros y peligrosos; el derecho a un nivel de vida adecuado; y, el derecho a la educación y la formación profesional. De estos, sólo dos hacen mención expresa al asilo.

Para los Comités, es trascendente que niños, niñas y adolescentes cuenten con la información necesaria para exigir sus derechos dentro de los procedimientos procesales y administrativos en contextos de migración y asilo, por ello, es que los Estados tienen la función de cuidar que no sólo sus leyes internas respeten las garantías mínimas de los(as) niños y niñas, sino que también, tienen el deber de garantizar que políticas y prácticas de inmigración vayan acorde a lo establecido en los artículos 16, 17 y 18 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y los artículos 12 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, señalan que los Estados Partes deben adaptar los procedimientos migratorios y de asilo cuando hay niños, niñas y adolescentes involucrados(as) desde el inicio, garantizándoles un acceso a una justicia eficiente que considere en todo momento su interés superior evitando dilaciones inadecuadas en desmedro de sus derechos (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2017). Por otro lado, los(as) niños(as) deben ser tratados(as) como titulares de derechos dentro de los procesos, y por consecuencia, sus opiniones y necesidades deben ser escuchadas individualmente, como también, deben tener la posibilidad de acceder a los recursos administrativos y judiciales de manera independiente en contra de las decisiones adoptadas por las autoridades que puedan afectar sus intereses. A propósito, es fundamental que niños, niñas y adolescentes cuenten con todos los medios y canales para presentar denuncias ante las autoridades siendo guiados y asesorados por especialistas en temas de infancia y migración. (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2017).

Por otro lado, sobre el problema que niños y niñas migrantes están expuestos(as) a múltiples factores de riesgo que aumentan su vulnerabilidad, los Comités han manifestado que “las políticas de migración o asilo restrictivas, como la penalización de la migración irregular, la falta de suficientes canales de migración seguros, ordenados, accesibles y asequibles o la ausencia de sistemas adecuados de protección de la infancia, hacen que los niños migrantes y solicitantes de asilo, incluidos los no acompañados o separados de sus familias, sean especialmente susceptibles a los actos de violencia y malos tratos durante su migración y en los países de destino” (Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, 2017). Así, la conclusión viene a ser nuevamente que, cuando los Estados Partes cuentan con antecedentes e indicios de que niños(as) en contexto de migración pueden estar expuestos a situaciones de trata,

explotación sexual, venta, etc., tienen la obligación de aplicar caso a caso el estatuto más protector en razón de su interés superior, pudiendo ser este el asilo o la residencia por razones humanitarias.

## **7. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma con sede en la ciudad de San José de Costa Rica. Fue creada con el ánimo de aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, misma que establece sus funciones, organización y procedimientos. Asimismo, es uno de los tres tribunales regionales que vela por la protección de los derechos humanos.

Esta Corte cuenta con tres funciones: contenciosa; dictar medidas provisionales; y consultiva. A través de esta última función, contesta las interrogantes manifestadas por los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos o sus órganos, siempre que estén relacionadas con la necesidad de aclarar la coexistencia del derecho interno de los Estados con las disposiciones de la Convención, y/o con la interpretación de la Convención u otros tratados de protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, lo anterior, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 64 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. De esto último la OIM aclara que las opiniones consultivas son vinculantes para los Estados Partes, y por lo tanto obligatorias, teniendo la obligación de incluirlas en sus prácticas y normas (OIM, 2016).

De las 26 Opiniones Consultivas emitidas hasta ahora por la CIDH, para el tema en cuestión, sólo serán analizadas dos; la Opinión Consultiva 17/02 referente a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, y la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre Derecho y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

### **7.1 Opinión Consultiva OC-17/02: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.**

Con fecha 30 de marzo de 2001, la Comisión Interamericana presentó ante la Corte una solicitud de Opinión Consultiva sobre “la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el cometido de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación a los niños”, asimismo, requirió “la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana” (CIDH, 2002). En otros términos, esta petición nace a partir de la cuestionable

aplicación que los Estados Americanos dan a las garantías y derechos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana, el cual detalla las garantías procesales en los distintos procedimientos, y el artículo 25, que pormenoriza la Protección Judicial de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, al asumir que ante su falta de madurez y juicio se pueden secundar sus derechos en los procedimientos administrativos y judiciales, y por consiguiente, todos los derechos que dependen de la eficacia de estos.

En específico, el Estado de México solicita al Tribunal un pronunciamiento acerca de la coexistencia de ciertas medidas que adoptaron los Estados Partes sobre los niños y niñas en relación a los artículos ya mencionados, señalando que en juicios o procedimientos administrativos se establecieron derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes sin la garantía de ser oídos ni escuchados, vulnerando su derecho a una debida defensa (CIDH, 2002).

A lo largo del documento, la Corte resume las observaciones escritas e intervenciones orales de diferentes Estados Miembros, Instituciones y Organizaciones, de estas, quisiéramos detallar la participación realizada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), el cual aborda el Refugio de niños, niñas y adolescentes. El CEJIL aclara la importancia de integrar y armonizar las normas y principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de 1951, donde las medidas de protección insertas en ambos cuerpos normativos deben ser aplicadas no sólo al momento de determinar la condición de refugiados de los niños y niñas, sino que desde la manifestación de su necesidad de protección internacional. Por otro lado, clarifica que si bien es cierto que en materia de derechos humanos las obligaciones de los Estados han de ser independientes a la edad de las personas, la limitación y discriminación en razón de este elemento, sólo procederá si existen criterios razonables y objetivos que a su vez se puedan materializar de manera proporcionada. Es en esta última conjetura donde los Estados pueden y deben adoptar medidas especiales con el objeto de amparar a niños y niñas solicitantes de refugio.

Profundizando lo anterior, indica que el artículo 8 de la Convención Americana consagra garantías aplicables a los procedimientos judiciales y administrativos que deben ser empleados con mayor recelo en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiados de niños y niñas, pues sólo a través de estas garantías se podrán verificar sus condiciones para gozar de tal calidad. Asimismo, manifiesta que el artículo 25 de la Convención pone a disposición de los(las) sujetos -sin discriminación

alguna e independiente del territorio jurisdiccional en que se encuentren- recursos procesales que tutelan sus derechos en contra de decisiones que los afecten. Respecto a esto último, detalla garantías que se deben respetar dentro del procedimiento de refugio en niños, niñas y adolescentes, las cuales hemos sistematizado de la siguiente forma:

a) Derecho a una Audiencia, donde el/la menor:

- i. Pueda presentar su solicitud de refugio dentro de un plazo razonable y ante la autoridad competente.
- ii. Pueda expresar sus opiniones.
- iii. Se le garantice su participación.
- iv. Se le explique a cabalidad y en razón de su edad y madurez, el procedimiento y eventuales consecuencias.
- v. Se le asegure su protección y no devolución.
- vi. Cuento con representación legal.

b) Análisis de su solicitud:

- i. Considerar la flexibilidad en la evaluación de su solicitud y las pruebas, en atención de que los niños y niñas experimentan una persecución particular en razón de su edad.
- ii. Estimar elementos como su país de origen, situación familiar, cultura, etc., cuando su desarrollo mental y nivel de madurez sean bajos a la luz de un examen elaborado por especialistas.

Además, analiza y rechaza la detención de los niños, niñas y adolescente solicitantes de asilo por las consecuencias traumáticas que pueden experimentar siendo menores de edad, y por la pérdida de oportunidad que les puede significar para ingresar al procedimiento de refugio.

Para concluir, el CEJIL hace mención de las políticas restrictivas que han tomado alguno de los Estados frente al aumento migratorio que experimenta la región, lo que trae como consecuencia que los padres de niños y niñas solicitantes de refugio también se encuentren propensos a los abusos, y por consecuencia los niños, niñas y adolescentes queden expuestos(as) a la repatriación forzada sin seguridad ni garantías.



## **7.2 Opinión consultiva OC-21/14: Derecho y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.**

Los Estados solicitantes de la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Paraguay, presentaron con fecha 7 de julio de 2011 una consulta a la Corte sobre niñez migrante con la finalidad de que el Tribunal “determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas en torno a niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22,8, 25 y 20 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura” (CIDH, 2014). Esto, a raíz de su preocupación ante el aumento de la migración de niños, niñas y adolescentes desde América Latina y el Caribe hacia países de Norteamérica y Europa, o incluso, dentro de la misma región. Asimismo, resalta que la situación de inestabilidad de estos(as) surge fundamentalmente al estar sin compañía de sus familiares, por su situación de irregularidad y por la privación de libertad a causa de la infracción de normas migratorias.

Así las cosas, los Estados solicitantes requieren concretizar los estándares, principios y obligaciones que en correlación a los derechos humanos de los(as) niños(as) migrantes, siendo uno de los nueve temas a debatir el procedimiento para la identificación y tratamiento de niños y niñas solicitantes de asilo o refugio (CIDH, 2014). En base a lo anterior, los Estados solicitantes plantean la siguiente consulta: “¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?” (CIDH, 2014).

Para responder la pregunta en cuestión, la Corte parte del siguiente supuesto: es necesario darle utilidad al derecho a solicitar y a recibir asilo y asegurar su aplicación por medio de los principios de igualdad y no discriminación. Para ello, destaca la exigencia a los Estados de atender con justicia y eficiencia los procedimientos que determinan el reconocimiento de la condición de refugiado, debiendo delimitar previamente los criterios con los que cuentan los(as) solicitantes para presentar su solicitud, y luego, para evaluar sus declaraciones a través de procedimientos personalizados.

Por otro lado, al no existir indicaciones en el derecho internacional ni en la Convención de 1951 sobre cómo se han de efectuar los procedimientos para determinar la condición de refugiado, le corresponderá a los Estados precisarlos, especificando las garantías procedimentales y las autoridades competentes para llevar a cabo dicho cometido. Esto puede implicar que en la evaluación y valoración de los antecedentes y declaraciones de los(as) solicitantes, como en la decisión final de la autoridad, se puedan ver afectados derechos humanos básicos a causa de una incorrecta apreciación de dichos elementos. Por esta razón, se recalca que, cuando los solicitantes son niños, niñas y adolescentes, es imperioso dar cumplimiento a su derecho a ser oídos, a un debido proceso y al principio de no discriminación.

Para complementar lo anterior, la Corte estima que los Estados deben apegarse a la protección integral de los niños y niñas, y esto sólo se puede lograr a través de la observación de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del niño, especialmente de todos aquellos que estén referidos a lo procedimental y sustantivo de la determinación de su condición de refugiados(as).

De esta forma, y sólo a modo de organizar lo señalado por la Corte, la protección y salvaguarda de los derechos de los(as) niños(as) dentro del procedimiento de refugio implicará para los Estados:

- a) Obligaciones en el procedimiento:
  - i. Otorgarles protección y cuidado hasta que se acepten o rechacen sus solicitudes.
  - ii. La adecuación del procedimiento de asilo y refugio en conformidad a sus necesidades, edad y género.
  - iii. Priorización en la tramitación de sus solicitudes de tal forma, que los procedimientos administrativos y judiciales sean efectuados con la mayor diligencia posible.
  - iv. Ofrecerles información detallada sobre cada una de sus etapas, en un lenguaje que esté adaptado a su edad y madurez. Asimismo, deberán notificarles la posibilidad de contactar a un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
  - v. Entregarles todas las facilidades para la presentación de sus solicitudes ante las autoridades y posterior desarrollo, como por ejemplo, poner a su disposición un intérprete, un representante legal y/o tutor en caso de ser necesario.
  - vi. Informarles su derecho a recurrir en contra de las decisiones adoptadas por la autoridad, y otórgales un tiempo razonable para ello con la finalidad de evitar toda probabilidad de

estrés o daño psicológico (CIDH C. I., 2013). Los recursos interpuestos deberán tener efectos suspensivos. Además, se les deberá asegurar la permanencia en el país mientras se encuentren pendientes de resolución las impugnaciones interpuestas.

- vii. Dar la documentación necesaria para acreditar su condición migratoria, a efectos de prohibir y evitar sus expulsiones o devoluciones.
- viii. En caso de reconocerles la condición de refugiados(as), se les debe brindar la posibilidad de solicitar reunificación familiar.

b) La realización de una entrevista personal, la cual debe:

- i. Anteponer de manera urgente a niños y niñas no acompañados, separados(as), acompañados(as) por un solo progenitor, y a los(as) que han migrado como integrantes de un núcleo familiar.
- ii. Ser confidencial.
- iii. Garantizar su derecho a ser oídos, a expresar sus opiniones y a una participación activa dentro del procedimiento.
- iv. Considerar la aplicación de métodos de comunicación no verbales.
- v. Realizarse en un espacio que les otorgue seguridad y que cubra sus necesidades.
- vi. Ser efectuada por profesionales capacitados y especializados en temas de niñez y migración.
- vii. Reunir información e identificar necesidades urgentes para su auxilio.

c) Obligaciones para las autoridades:

- i. Identificar previamente a las autoridades competentes.
- ii. Objetividad y flexibilidad en el examen de pruebas y solicitudes.
- iii. Fundamentar debidamente sus decisiones en conformidad a los hechos presentados y el derecho a aplicar.
- iv. Comunicarle a los(as) niños(as) en un lenguaje apropiado a su edad y con la concurrencia de sus representantes legales y/o tutores, la decisión adoptada.

Para finalizar, la Corte enfatiza que estas obligaciones comienzan con el deber estatal de otorgar a niños, niñas y adolescentes migrantes en especial situación de riesgo el ingreso a su territorio jurisdiccional, contactándolos seguidamente con la institución que eventualmente les podrá otorgar asilo o refugio, siendo esta misma la que deberá examinarlos y determinar en adhesión al interés superior del niño su necesidad de protección internacional.

## **CAPÍTULO IV.**

### **PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN CHILE**

#### **1. LEY NRO. 20.430.**

A partir de la década de los setenta, la región Latinoamericana comenzó a experimentar flujos masivos de desplazamiento forzados a raíz de los conflictos políticos internos en los países. Dicha situación motivó a los Estados a adherir a la Convención de Ginebra y con ello recoger las directrices entregadas con anterioridad por el ACNUR.

El 28 de enero de 1972, Chile ratifica la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 con el fin de acoger y otorgar asistencia a refugiados(as) bolivianos(as), quienes experimentaban una persecución política en su país. Posteriormente, el 27 de abril del mismo año, Chile ratifica el Protocolo de 1967, sin embargo, estos avances se ven profundamente truncados con el arribo de la Dictadura Militar en 1973, donde se expulsaron nacionales y extranjeros del territorio nacional.

El 19 de julio de 1975 se publica el Decreto Ley 1.094<sup>7</sup>, y nueve años después su Reglamento, el Decreto Nro. 597. En su conjunto, establecen normas sobre extranjeros en Chile empleando por primera vez y de manera analógica la institución del refugio. Estas se fundamentaron en el resguardo de la seguridad nacional, el control, la selectividad, y una ideología basada en el nacionalismo, intentando instaurar nuevamente una migración de carácter económico. En este sentido, autores han señalado que el contexto de quiebre político experimentado por Chile en esos años a nivel nacional como internacional, inspiran la conformación de una norma selectiva en la aceptación de extranjeros, lo que quedaría

---

<sup>7</sup> Decreto Ley que establece normas sobre extranjeros en Chile, dictada por la Junta Militar de Gobierno en 1975.

plasmado en el artículo 2 de la Ley 1.094<sup>8</sup>. Por lo tanto, nadie que fuese visto como un potencial peligro al régimen sería admitido bajo la política de seguridad nacional (Cano Christiny, Contrucci, & Martínez Pizarro, 2009).

La Ley 1.094 dispone en su Título I, Párrafo IV, el asilo político. Dentro de los artículos a destacar en materia de refugio, encontramos:

- i. El artículo 34 bis, que además de regular someramente el concepto de refugiado(a), mandata que para el otorgamiento de una visación de asilo político, los(as) solicitantes se deberán encontrar “en alguna de las situaciones previstas en las Convenciones Internacionales suscritas por el Gobierno de Chile” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile B. , 1975), es decir, en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967,
- ii. El artículo 35, inciso tercero, que concentra la decisión de otorgar o rechazar la solicitud de refugio en el Ministerio del Interior previo informe de la Dirección General de Policía de Investigaciones.
- iii. El artículo 39 -modificado a través de la Ley 19.476<sup>9</sup> de 1996-, que regula el principio de No Devolución o Non Refoulement, ajustándose así a los principios contenidos en la Convención de Ginebra de 1951
- iv. El artículo 40 bis - modificado por la Ley 19.476-, que crea la Comisión de Reconocimiento con la finalidad de asesorar al Ministerio del Interior en el otorgamiento y/o revocación de la visa de refugiado.

Por su parte, la Ley Nro. 19.476 introduce importantes modificaciones al Decreto de Ley 1.094 en materia de refugio, obedeciendo al clima político generado ante el retorno de la democracia al país. Esta, materializa principios y obligaciones básicas de la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967, permitiendo restaurar exiguamente la protección a los(as) solicitantes de refugio en el país, pues aún persistían graves deficiencias en la regulación del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado. Claro ejemplo de ello fue la falta de diaphanidad en las atribuciones y competencias de las autoridades administrativas y migratorias dentro del procedimiento; la inexistencia de los derechos y

---

<sup>8</sup> Decreto Nro. 1.094. Artículo 2: Para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente decreto ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones. Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales.

<sup>9</sup> Introduce modificaciones al Decreto Ley N°1.094, de 1975, en materia de refugiados.

obligaciones de los y las solicitantes; la ausencia del derecho a un debido proceso por medio del cual interponer recursos; y la carencia de causales para denegar o cancelar la condición de refugiado; entre otros.

Así las cosas, resultó urgente dar una respuesta Estatal a todas las personas refugiadas y “plasmarse el compromiso del Estado de Chile, asumido en diversos instrumentos internacionales, de respetar y garantizar el ejercicio de diversos derechos y libertades a toda persona que se encuentre en su territorio” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010), por lo que el 15 de abril de 2010 se publica la Ley 20.430 que Establece disposiciones sobre protección de refugiados, y el 17 de febrero de 2011 su Reglamento, el Decreto 837 que Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados.

En su estructura, la Ley 20.430 consta de seis Títulos y 50 artículos, de estos, destacamos el artículo 2 al abordar la definición de refugiado.

El artículo 2 numeral 1, desarrolla la definición contenida en la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967, configurando el elemento objetivo y subjetivo del “fundado temor de persecución” por alguno de los motivos allí señalados. Asimismo, incluye la circunstancia fáctica de estar fuera del país de origen o residencia, y no poder o no querer contar con la protección de éste.

Por su parte, el numeral segundo incorpora sorpresivamente la Declaración de Cartagena de 1984, y con ello a todas las personas que han huido de su país de origen o residencia por violencia generalizada, conflictos internos, agresión extranjera, alteración grave del orden público o violación masiva de los derechos humanos, viéndose amenazada su vida, seguridad y/o libertad, y no necesariamente por una persecución individual (Olea, 2012). De igual modo, el numeral tercero incluye a las personas en situación de apatridia, reconociendo su vulnerabilidad dentro del estatuto de refugio. Esto resultó sumamente innovador para la época, ya que ocho años después Chile adhiere a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.

Finalmente, el artículo 2 numeral cuarto, integra a los(as) refugiados “sur place”, definidos por el ACNUR como “la persona que no era un refugiado al dejar su país, pero que adquiere posteriormente tal calidad” (ACNUR, 2019) debido a distintos hechos. Incluir esta nueva categoría de refugiados

significó un avance adicional, ya que amplía la protección de la institución de refugio a personas que con no estarían englobadas en la definición clásica de refugio.

Desde otro ángulo, la Ley 20.430 incorpora principios fundamentales de protección, tales como: el principio de No Devolución; la Prohibición de Rechazo en la Frontera; la No Sanción por Ingreso Irregular o Clandestino; la Confidencialidad; la No Discriminación; y, la Unidad Familiar. Igualmente, introduce principios interpretativos, siendo el primero de ellos el principio de interpretación de las normas en aceptación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967; luego el principio Pro Homine, donde se resguardan derechos y beneficios de quienes con anterioridad a esta ley son reconocidos como refugiados(as); y por último, el principio del Trato más Favorable.

Más adelante, la Ley 20.430 engloba los derechos y obligaciones de los(as) solicitantes de refugio y refugiados(as), acentuando que, así como se les reconocen todos los derechos y libertades contenidos en la Constitución Política la República, leyes y reglamentos, deberán obedecer y respetar lo que en ellas se ha dispuesto.

En otro orden de cosas, la Ley 20.430 plasmó expresamente las causales de exclusión del régimen de protección de refugio -cuestión fundamental para el resguardo del debido proceso-, las cuales están directamente relacionadas con la comisión de delitos graves condenados tanto por el derecho internacional como por el nacional.

Seguidamente, trata el término de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado por cesación, renuncia, cancelación y revocación de dicha condición. En relación a esto, reafirma que el Ministerio del Interior, a través del Subsecretario del Interior, será quien deberá otorgar, rechazar, cancelar, revocar o hacer cesar la condición de refugiado. Igualmente, consolida la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado con el fin de asesorar las decisiones del Ministerio del Interior en la materia. Por último, crea la Secretaría Técnica para asistir a la Comisión de Reconocimiento. Figuras todas que serán tratadas más adelante.

En lo referente a niños, niñas y adolescentes, el artículo 12 del Decreto 837 dispone que en todas las actuaciones dentro del procedimiento de refugio se deberá considerar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

A su vez, el Capítulo IV de la Ley Nro. 20.430 abarca el “Procedimiento Especial para Menores no Acompañados o Separados de sus Familias”, desarrollando de manera general el derecho a solicitar refugio de niños, niñas y adolescentes de forma individual y autónoma. Lo anterior, se condice plenamente con la idea que la protección del refugio se otorgará con independencia de la edad, esto a propósito de lo señalado en el capítulo dos de este trabajo. Seguidamente, desarrolla las solicitudes de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias y su disposición inmediata a la “autoridad de menores” para su protección, asistencia y cuidado, así como también, el procedimiento que las autoridades migratorias debiesen llevar a cabo, haciendo hincapié en que se atenderán las sugerencias elaboradas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las Directrices sobre Protección y Cuidados de Niños Refugiados.

Si bien estas disposiciones son positivas en el sentido de entregar orientaciones y señales de una preocupación activa en la protección de niños, niñas y adolescentes, no se aclara expresamente el procedimiento y asistencia para resolver sus solicitudes de carácter especial, así como tampoco se abordan otras situaciones en estos(as) se pueden encontrar, lo que por consecuencia trae aparejado una falta de certeza en la aplicación de sus derechos.

Finalmente, tanto la Ley 20.430 como su Reglamento, incluyen los medios que los(as) solicitantes de refugio y refugiados(as) poseen para solicitar la revisión de los actos administrativos emitidos por la autoridad, mismos que aplican para niños, niñas y adolescentes.

## **2. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO.**

Como ya se ha referido, diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho a solicitar refugio, siendo la mayoría parte del ordenamiento jurídico de Chile por la remisión que hace a ellos la Constitución Política de la República de Chile, la cual fija como límite de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por ello, es importante aclarar que el Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado no es una vía para regularizar la



situación migratoria de una persona en Chile, sino que es la obligación que tiene el Estado de brindar protección a todas aquellas personas que se encuentran en graves circunstancias donde su vida e integridad física y psíquica peligran a causa de un fundado temor de persecución, y que por consecuencia se ven en la obligación de huir de su país de origen o residencia.

### **2.1 Manifestación de ingresar al Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

El artículo 26 de la Ley N°20.430 y el artículo 32 de su Reglamento, precisan que la manifestación de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado puede ser realizada por aquella persona que se encuentre dentro del territorio de la República de Chile -no importando para estos efectos si su ingreso o residencia es regular o irregular- ante las oficinas de Extranjería. A su vez, el inciso segundo del artículo 26, comprende una segunda alternativa; al ingresar a territorio nacional, los(as) extranjeros(as) podrán realizar misma solicitud ante la autoridad migratoria que se encuentre en la frontera, quien tendrá la obligación de proporcionarles la información necesaria sobre el procedimiento.

Cabe indicar que, hay quienes señalan que la solicitud de refugio y su oportunidad de presentación son una facultad exclusiva del(la) solicitante, y no una obligación que deba tener lugar dentro de un plazo de 10 días una vez efectuado el ingreso irregular al país<sup>10</sup>. Sin perjuicio de esto, si el(la) solicitante se encuentra afecto(a) a una medida de prohibición de ingreso, una expulsión vigente o a una solicitud de abandono del país, sólo se podrá formalizar su solicitud si dichas sanciones son suspendidas o eliminadas con previa antelación, debiendo garantizarse el Principio de No Devolución en todo el proceso.

Ahora bien, la manifestación para ingresar al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado puede ser de verbal y/o escrito, pero ¿qué se entiende por “manifestar”? La Real Academia Española ha definido esta acción como transitivo de ‘declarar o dar a conocer [algo]’ (RAE, 2021). Al efecto, el artículo 36 del Reglamento dispone que al ingresar al territorio nacional, los(as) extranjeros(as) podrán manifestar ante la autoridad contralora la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, cuestión que ha sostenido y aclarado la Excelentísima Corte Suprema en sentencia causa Rol N°14.020-2019, destacando que la manifestación del(la)

---

<sup>10</sup> Artículo 8. Decreto 387

solicitante resultaría ser un medio de conducción de su intención final: “ Quinto: Que, como se puede apreciar, de manera clara y expresa, la normativa citada establece el derecho de todo extranjero a requerir al Estado de Chile el reconocimiento de la calidad de refugiado, poniendo a su disposición un procedimiento administrativo reglado que se inicia con la ‘manifestación de la intención’ de obtener refugio y continúa con la ‘formalización de la solicitud’ mediante la entrega de un formulario escrito [...]” (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Por otro lado, el artículo 28 de la Ley N°20.430 previene que la solicitud deberá contener los motivos y las pruebas documentales u otros que fundamenten su petición<sup>11</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República<sup>12</sup> en Dictamen N°74.076, de fecha 14 de marzo de 2013, señalando: “el extranjero que solicite el reconocimiento de la condición de refugiado podrá concretarlo mediante la presentación de un escrito que contenga todas las prescripciones señaladas en los artículos 28 de la ley N°20.430 y 37 de su reglamento, y en su caso, las del artículo 30 de la ley N°19.880. Con todo, en el supuesto que la persona requiera del citado formulario, aquella tendrá que proporcionárselo sin más trámite” (Contraloría General de la República de Chile, 2013).

Así las cosas, bastará una manifestación formal verbal y/o escrita de la intención de ingresar al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado para que la autoridad migratoria cumpla con el deber de ingresar al solicitante a dicho procedimiento en el más breve plazo.

## **2.2 Formalización de la Solicitud de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

La Formalización de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado es una etapa esencial dentro del procedimiento, ya que desde este momento los(as) solicitantes comenzarán a gozar de las garantías, derechos y obligaciones que tanto la Ley 20.430 como la Convención de 1951 contemplan. La Excelentísima Corte Suprema alude “Que, entre el momento de la ‘manifestación de la intención’ (que puede ser realizada al momento del ingreso al país) y la formalización de la solicitud (que consiste en un acto escrito y formal a ser realizado generalmente en las oficinas que la ley indica) la legislación ha establecido una serie de derechos en favor del extranjero solicitante, consistentes

---

<sup>11</sup> Hay un amplio espectro de presentación de prueba, solo a modo de ejemplo; noticias del país de origen, fotografías, videos, cartas, actas y certificados personales (nacimiento, estudios, etc.), antecedentes penales, denuncias realizadas ante autoridades judiciales, certificados de desplazamientos, entre otros.

<sup>12</sup> En conformidad a lo expuesto en el artículo 51 de la Ley N°10.336, la cual establece la Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, los Dictámenes tienen efectos vinculantes respecto de la autoridad migratoria.

fundamentalmente en la garantía de no devolución a su país de origen y la no sanción por su ingreso irregular (artículos 32 y 8 del reglamento, respectivamente) [...]” (Corte Suprema de Justicia, 2019).

De esta manera, la Formalización al ser un acto escrito y formal, se lleva a cabo mediante la entrega de un Formulario por parte de la Sección de Reasentamiento y Refugio (en adelante SRR) dependiente del Departamento de Extranjería y Migración. Este, consta de 8 páginas donde el(la) peticionario deberá dar a conocer sus datos personales<sup>13</sup>, fundamentar los motivos que lo llevan a solicitar el eventual reconocimiento de la condición de refugiado, además de presentar la prueba que estime pertinente, todo lo cual deberá entregar a la autoridad migratoria dentro de un plazo de 3 días hábiles.

En último término, presentada la solicitud, se le deberá informar al solicitante el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, sus derechos y obligaciones, y la posibilidad de contactar a un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados si así lo quisiese.

Formalizada la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado la SRR deberá extender a los(as) peticionarios e integrantes de su familia que lo(la) acompañen una visa temporaria válida por ocho meses, los cuales serán prorrogables por períodos iguales hasta que el Subsecretario del Interior –única autoridad competente- decida el otorgamiento o rechazo de la condición de refugiado. Asimismo, si la SRR se percata que el(la) solicitante y su familia se encuentran impedidos de afrontar sus necesidades básicas, deberá notificar a los organismos pertinentes para que les extiendan su asistencia. Por su parte, el Ministerio del Interior deberá coordinar con otros organismos públicos del Estado, para que les puedan prestar ayuda administrativa y humanitaria, y garantizar su integración a la sociedad.

Finalmente, una vez que el(la) solicitante ha obtenido la visación temporaria -lo que no habilita para obtener la permanencia definitiva-, y por ende la residencia en el país, tendrá derecho a obtener de

---

<sup>13</sup> Artículo 37. Decreto 837. Datos del solicitante. La presentación escrita o el formulario respectivo, deberán contener, a los menos, los siguientes datos: a) Nombres y apellidos; b) Lugar y fecha de nacimiento; c) Sexo; d) Nacionalidad, salvo en el caso previsto en el número 3 del artículo 2 del presente Reglamento; e) Documento utilizado para ingresar al país; f) Lugar de ingreso a Chile; g) Tipo de visación o residencia actual; h) País de procedencia; i) Otras solicitudes de refugio presentadas en el extranjero, indicando país y estado de tramitación; j) Domicilio en Chile; k) Motivos por los que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado; l) Indicación de las pruebas documentales o de otro tipo que pueda aportar a la solicitud, y m) Firma del interesado.

En caso que el solicitante no pueda acreditar su identidad por carecer de documento, se extenderá la solicitud con el nombre que señala, previo registro de filiación en el Servicio de Registro Civil e Identificación.

forma gratuita un documento de identidad para extranjeros emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

### **2.3 Entrevista de Elegibilidad.**

La entrevista individual al(la) solicitante es la segunda etapa sustancial dentro del procedimiento. Esta debe ser realizada por personal dependiente del Ministerio del Interior, en un espacio físico que garantice la confidencialidad y oportunidad que el(la) solicitante y los miembros de su familia<sup>14</sup> tienen para exponer su caso. Por lo tanto, el(la) funcionario a cargo de la entrevista deberá estar capacitado para identificar cualquier factor que comprometa las aptitudes del(la) solicitante para presentar su caso. Se ha demostrado que los(las) solicitantes de refugio traen consigo experiencias traumáticas respecto a su relación con las autoridades, lo que puede tener como consecuencia que los(as) peticionarios no cuenten con la confianza necesaria para hablar de manera franca o hacer un relato coherente de los hechos.

Idóneamente bastará una entrevista para develar la historia del(la) solicitante, pese a esto, el examinador se puede encontrar en la situación de tener que aclarar desavenencias y contradicciones en el relato, esclarecer distorsiones del mismo o incluso develar hechos inescrutables que resultan ser de suma relevancia para la decisión final, por lo que se recomendará realizar una entrevista posterior si es el caso.

El ACNUR ha elaborado variados resúmenes sobre el procedimiento de averiguación y evaluación de los hechos, en cuanto al examinador ha recomendado:

“b) El examinador debe:

- i) procurar que el solicitante exponga su caso con la mayor amplitud posible y con todas las pruebas de que disponga;
- ii) formarse un juicio acerca del crédito que merezca el solicitante y evaluar las pruebas (si es necesario, concediendo al solicitante el beneficio de la duda), con objeto de determinar los elementos objetivos y subjetivos del caso;

---

<sup>14</sup> Los que determinarán en conformidad al artículo 9 de la Ley Nro.20.430.

iii) constatar esos elementos con los criterios pertinentes de la Convención de 1951 a fin de llegar a una conclusión correcta respecto de la condición de refugiado del solicitante.” (ACNUR, 2019)

Por otro lado, el(la) solicitante tiene también obligaciones, las cuales toman mayor peso en esta etapa. El artículo 33 de la Ley Nro. 20.430 señala; declarar conforme a la verdad, informar y cooperar activamente a fin de dilucidar los hechos y razones de su solicitud; entregar información sobre su persona y experiencia para determinar los hechos apropiados al caso; dar explicaciones de los argumentos aducidos en respaldo de su solicitud; contestar las preguntas que le sean planteadas; y precisar domicilio y notificar a la autoridad competente cualquier modificación. Asimismo, el ACNUR sugiere:

“a) El solicitante debe:

- i) Decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso;
- ii) Esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos que falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios;
- iii) Proporcionar toda la información pertinente acerca de sí mismo y la experiencia por la que ha pasado, con todos los detalles que sean necesarios para que el examinador pueda determinar los hechos pertinentes. Se le debe pedir que proporcione una explicación coherente de todas las razones aducidas en apoyo de su solicitud de que se le reconozca la condición de refugiado y que conteste todas las preguntas que se le hagan” (ACNUR, 2019).

Finalmente, los(as) peticionarios podrán presentar nuevamente prueba en esta etapa. Sin embargo, y en la práctica, les resulta sumamente difícil reunir dichas evidencias con la finalidad de fundamentar su solicitud y relato, pues como bien sabemos, se encuentran en un contexto donde la máxima prioridad es proteger su vida e integridad física y psicológica, lo que por consecuencia, ha significado que deban huir de su país de origen sin premeditar tramitación documental alguna.

#### **2.4 Análisis e Intervención de la Secretaría Técnica y la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

#### **2.4.1 La Secretaría Técnica.**

La Secretaría Técnica es instaurada por el Subsecretario del Interior con el ánimo de asistir a la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado. Así, su mandato prioritario es recopilar información relevante sobre el país de origen o de residencia habitual del(la) peticionario con el objeto de analizar las solicitudes y elaborar recomendaciones a la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugio. Su intervención comienza una vez que funcionarios de la Administración del Estado toman conocimiento de una solicitud de refugio.

La Secretaría Técnica debe tomar en consideración ciertos sucesos en torno a los(as) solicitantes a la hora de preparar un informe, pues la sumatoria de estos podría develar un fundado temor. En particular, deberá observar la situación del(la) solicitante ante la ley, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; las costumbres sociales y culturales de su país, y las consecuencias de su trasgresión; prácticas tradicionales perjudiciales; las formas de violencia contra algún grupo de personas y su impacto en ellas; la protección que poseen; las sanciones y los peligros que el(la) solicitante puede enfrentar si regresa a su país de nacionalidad o residencia habitual luego de haber presentado una solicitud.

#### **2.4.2 La Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

Realizada la Entrevista Individual y recopilados los antecedentes de los(as) peticionarios por la Secretaría Técnica, intervendrá la Comisión de Reconocimiento, la cual está encargada por mandato legal de asesorar directamente al Ministerio del Interior a través de la entrega de información, antecedentes y recomendaciones indispensables para que éste último pueda decidir sobre el otorgamiento, rechazo, cesación o revocación de la Condición de Refugiado.

La Comisión de Reconocimiento se conforma por cinco miembros: el Subsecretario del Interior (o a quién designe en su lugar), dos representantes del Ministerio del Interior y dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, además, podrá asistir un representante del ACNUR.

En sus sesiones, deben deliberar cuestiones tales como; proposición del reconocimiento o rechazo de la condición de refugiado al Ministerio del Interior, así como la exclusión, cesación, cancelación y

revocación de la misma; aceptación o rechazo de las solicitudes de reunificación familiar; y, la aceptación o rechazo de las solicitudes de reasentamiento.

Secundariamente, la Comisión cuenta con las atribuciones y competencias atinentes de: solicitar los antecedentes que estime convenientes a los organismos públicos con el fin de dar cumplimiento a su tarea asesora; planificar, promover y coordinar políticas en materia de protección de solicitantes de la condición de refugiado y refugiados(as), relacionándose directamente para tales efectos con cualquier institución pública o privada, nacional, internacional o extranjera que fuese apropiada; coadyuvar en la búsqueda e implementación de soluciones duraderas para los(as) refugiados, entre otras.

Así, para que la Comisión de Reconocimiento pueda ejercer su cometido técnico -esto es, emitir una opinión con la finalidad de orientar la actuación del Ministerio del Interior-, deberá valorar los elementos de prueba presentados por los(as) peticionarios, como también, los elementos que le ha aportado con anterioridad la Secretaría Técnica.

#### **2.4.2.1 Valoración de la prueba por la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

Los instrumentos internacionales no regulan de manera específica el ofrecimiento y aportación de la prueba dentro del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, sin embargo, sabemos que el principio general del derecho en cuanto a la carga de la prueba es que ésta le corresponde al solicitante, en tanto que, la apreciación de su validez y crédito al examinador. Sin embargo, cuando se trata de personas que se encuentran en extremo vulnerables y que se han visto en la obligación de huir de su país de origen o de aquel en que residen habitualmente, resulta sumamente difícil el que puedan aportar pruebas para avalar sus declaraciones. Así, el estándar de valoración de la prueba no debe ser tan estricta, pues las innumerables barreras y obstáculos con las que se encuentran en el camino les impiden acceder rápidamente a ellas, lo que no significará que la autoridad deba dar por ciertas aquellas afirmaciones que no son armónicas con el relato general que se ha presentado por parte del(la) solicitante.

Pero, ¿qué ocurre con aquellas solicitudes que ni aun con la ayuda del examinador se pueden probar? De acuerdo al ACNUR, en esos casos en que pareciera ser verídico el relato y no habiendo pruebas de peso en contra, debe concederse al(la) solicitante el beneficio a la duda sólo una vez que se hayan

revisado la mayor cantidad de elementos accesibles, y el examinador esté más cercano(a) a la credibilidad de este(a) (ACNUR, 2019). En esta misma línea, el artículo 34 de Ley No 20.430 y el artículo 45 de su Reglamento resuelven que: “cuando no sea posible reunir prueba material suficiente, la Comisión de Reconocimiento podrá basar sus recomendaciones en indicios, presunciones y en la credibilidad general del o la solicitante, debiendo otorgarle el beneficio de la duda, siempre y cuando hubiere cumplido con sus obligaciones” (Ley 20.430 Establece disposiciones sobre protección de refugiados).

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley Nro. 20.430 y su Reglamento determinan que el mérito de la prueba debe ser apreciada por la Comisión de Reconocimiento en conformidad a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como “reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (Couture, 1979). Por lo tanto, el valor de las pruebas estará en la aplicación precisa que el juez haga de las reglas de la lógica formal y la aplicación gráfica de las máximas de la experiencia.

## **2.5 Decisión de la Subsecretaría del Interior.**

La última etapa del procedimiento es la resolución administrativa y declarativa dictada por el Subsecretario del Interior, quien resolverá el otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la Condición de Refugiado. Esta decisión deberá tener en cuenta antecedentes y recomendaciones que con antelación la Comisión de Reconocimiento le haya extendido. Como la Institución de Refugio tiene por finalidad dar aplicación al sistema de protección que ésta prevé, resultará del todo imperioso armonizar la valoración del Subsecretario del Interior -como organismo decisor de la controversia-, con la valoración de la Comisión de Reconocimiento –como organismo asesor-, respecto a los mismos antecedentes y pruebas aportadas, con independencia a que el acto valorativo sea realizado en distintas etapas dentro del mismo procedimiento.

A diferencia de lo establecido para la Comisión de Reconocimiento, no se señala la forma en que el Subsecretario del Interior deberá valorar la prueba, sin embargo, es la misma la Ley Nro. 20.430 la que dispone que de forma supletoria se deberá aplicar la Ley de Bases de los procedimientos



administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado Nro. 19.880. Por lo tanto, los medios de prueba deberán ser apreciados en conciencia<sup>15</sup>.

Parte de la doctrina ha establecido que tanto la sana crítica como el razonamiento a conciencia son procesos afines, pues en ambas se deberán aplicar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (Isense Rimassa, 2016). Lo relevante en este punto es la valoración motivada de la prueba por parte del Subsecretario del Interior, pues todas las resoluciones que se dicten dentro del procedimiento de la determinación del estatuto de refugiado deberán estar debidamente fundadas.

Contra las resoluciones que denieguen, revoquen, cancelen o hagan cesar el estatuto de refugiado, podrán ser recurridas por dos vías; una administrativa, a través del Recurso de Reposición y Jerárquico; y otra, a través de las acciones constitucionales tratadas en la Constitución Política de la República, que tendrán por efecto la suspensión de la medida tomada.

### **3. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

#### **3.1 Manifestación de ingresar al Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

La manifestación de niños, niñas y adolescentes para ingresar al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado debe ocurrir en alguno de los dos momentos contemplados en la Ley 20.430 y su Reglamento, siendo éstas:

- 1) en la frontera ante la autoridad migratoria, siendo ésta la Policía de Investigaciones de Chile o,
- 2) una vez que han ingresado a Chile -no importando para los efectos si el ingreso ha sido o no regular-, se pueden acercar ante cualquier Oficina de Extranjería.

Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento de la Ley 20.430, determina que niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de forma autónoma o a través de aquellas personas que tengan su cuidado personal, ya sean padres, parientes directos, representantes legales o tutores. Será responsabilidad de las autoridades

---

<sup>15</sup> Artículo 35. Ley Nro. 19.880.

migratorias dilucidar en esta instancia si los(as) niños de muy corta edad tienen temor de quien ejerce su representación o cuidado personal.

Igualmente, la manifestación para ingresar al procedimiento de refugio de niños, niñas y adolescentes debe ser realizada de manera verbal y/o escrita, siendo más flexibles los tecnicismos y requisitos administrativos exigidos a fin de no entorpecer ni dilatar el procedimiento.

En relación a las solicitudes de ingreso en la frontera, la CIDH a través de la Opinión Consultiva OC-21/14, ha señalado que no se debe impedir el ingreso de niños y niñas migrantes al territorio nacional por parte de las autoridades migratorias, así como tampoco se les debe exigir documentación con la que no cuentan o no pueden tener en razón de su edad.

En cuanto a las medidas de prohibición de ingreso, expulsiones vigentes o abandono del país, no son aplicables a niños, niñas y adolescentes en consideración a la primacía de su Interés Superior, el cual obliga a las autoridades administrativas entre otras, a tomar todas las medidas necesarias para proteger y cuidar el bienestar de los(as) niños, así como también, a garantizar su supervivencia. En este sentido, el Departamento de Extranjería y Migración a través de la Circular No. 30.722 del 10 de septiembre de 2014, elimina la aplicación de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes decretando que “en el caso de menores denunciados por la autoridad policial por infracciones a la Ley de Extranjería, o cuya situación es informada mediante oficio de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional, no se debe aplicar sanción alguna” (DEM, 2019). Por otro lado, el Principio de No Devolución prohíbe sancionar a niños y niñas con medidas de expulsión o abandono del país.

En la práctica, un problema puede ser que aquellas personas que tienen el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes puedan estar afectas a una prohibición de ingreso, expulsiones vigentes o abandono del país, sin perjuicio de esto, el Estado deberá adoptar todas las medidas para que el niño o niña pueda obtener el estatuto de refugiado, entregándole amparo y ayuda humanitaria.

### **3.2 Formalización de la Solicitud de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

La Formalización de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado de niñas, niños y adolescentes debe ser tramitada de forma prioritaria, no importando si están o no acompañados(as) por un adulto. Para ello, la autoridad migratoria debe realizar una evaluación inicial sin grandes formalidades tras su llegada ya que el propósito de esta será obtener información, clarificar su identidad y saber las relaciones y paradero de su familia. De ser necesario, esta entrevista se deberá

realizar regularmente hasta que se halle una solución estable para los niños, niñas y adolescentes, además, dichas instancias los(as) prepararán para efectuar un relato de los hechos y experiencias vividas, pues requerirán tiempo para crear un vínculo de confianza y seguridad con su tutor o personal, y por sobre todo, para reflexionar.

Por lo tanto, la *“Evaluación del Interés Superior del Niño”* busca disponer una consideración primordial a su interés superior, pues las medidas formales que se han de tomar dentro del procedimiento pueden afectar las vidas de niños, niñas y adolescentes.

En el caso de que se determine que el niño o niña se encuentra no acompañado y/o separado de su familia, funcionarios(as) de la SRR deberán contactar a las entidades estatales y/o autoridad de protección de derechos del niño(a) para que les brinden las medidas de cuidado, asistencia y protección, como por ejemplo; el nombramiento de un tutor que custodie y vigile su bienestar e interés superior; el acercamiento de un intérprete competente en caso de ser necesario, la asesoría jurídica gratuita y/o representante legal; cuidado y alojamiento; registro y documentación; soluciones duraderas encaminadas a que vuelvan con sus familias sólo si es seguro, etc. Lo anterior, debe también estar enmarcado dentro de un proceso formal que asegure la observancia de la *“Determinación del Interés Superior”* del niño o niña, previa formulación de la *“Evaluación del Interés Superior”* (ACNUR, 2008).

Ante la alta complejidad de casos en que pueden estar inmersos niños y niñas, el ACNUR entrega la directriz de designar a un superior que observe el proceso de aplicación del Interés Superior del Niño, y junto a ello, establecer un panel que sesione de manera regular (ACNUR, 2008). Asimismo, recomienda que dicho panel de protección de la infancia sea quien asuma tareas tales como:

- ii- Dirigir las entrevistas y visitas a los niños y niñas,
- ii.- realizar de manera permanente *“Evaluaciones del Interés Superior”* y *“Determinación del Interés Superior”*,
- iii.- informar de todas las decisiones referentes al cuidado y tutela a los niños(as) y sus tutores o representantes legales,
- iv.- hacer seguimiento a las decisiones adoptadas por este,
- v.- vigilar y observar a los niños y niñas, entre otros.

Desde el inicio del procedimiento de formalización de las solicitudes de niños, niñas y adolescentes, se les deben brindar las orientaciones sobre el mismo en un lenguaje apto a su edad y madurez, así como también, se les deben informar las opciones con las que cuentan y las eventuales repercusiones de cada una de ellas. Es imperioso permitir a niños, niñas y adolescentes manifestar sus opiniones y participar de manera activa en su proceso, pues nadie más que ellos(as) poseen la información y experiencias que dan cuenta de sus necesidades.

Realizadas estas actuaciones, procederá la Formalización como acto escrito y formal. El niño o niña podrá solicitar la formalización de su solicitud por separado a las personas que ejercen su representación legal o cuidado personal, es decir, la tramitación de su solicitud se analizará de forma independiente a lo largo del procedimiento, y para ello cumple un rol esencial el tutor a cargo de su caso.

Seguidamente se les debe proporcionar una visa temporaria por un plazo de ocho meses, prorrogable por periodos equivalentes hasta que el Subsecretario del Interior decida el otorgamiento o rechazo de dicha solicitud. De igual modo, se les debe adjudicar gratuitamente un documento de identidad para extranjeros emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Desde otro ángulo, en relación con la aportación de la prueba, se recuerda que la Formalización es una de las dos oportunidades consideradas para ello.

### **3.3 Entrevista de Elegibilidad.**

Como la entrevista de Elegibilidad es una etapa esencial dentro del procedimiento de determinación de la condición de refugiado debe ser realizada con preferencia a niños, niñas y adolescentes pues tienen necesidades que exigen una asistencia y protección especial. En este sentido, la CIDH indica un orden de prelación en su asistencia: niños y niñas no acompañados(as), niños y niñas separados(as) de sus padres, niños y niñas acompañados(as) de un solo progenitor, niños y niñas parte de una familia (CIDH, 2014).

Al momento de llevar a cabo la entrevista personal, la Sección de Reasentamiento y Refugio debe considerar la edad, el género, los antecedentes culturales, familiares y la madurez (ACNUR, 2019) de

las niñas y los niños, así como también, las condiciones y circunstancias en las que huyeron de su país de origen y el cómo ingresaron al país de destino.

La necesidad de contar con funcionarios(as) capacitados, preparados e instruidos en materia de niñez, se debe a las complejidades que se presentan en las solicitudes de niños, niñas y adolescentes, las cuales suelen ser ignoradas. Por ejemplo, puede acaecer que niños y niñas manifiesten un lenguaje paraverbal o corporal que evidencie un profundo temor para relatar hechos o experiencias, situación que dificultará enormemente su capacidad para expresarse. Asimismo, puede ser que los hechos fundamentales se encuentren distorsionados en sus relatos, sean pasados por alto, o no logren distinguir la veracidad de sus experiencias y/o tengan desconocimiento de la situación actual de sus países. Por lo tanto, será importante observar traumas (maltratos físicos, amenazas, persecuciones, miedo a las autoridades, etc.) que niñas y niños llevan consigo; y, en el caso de que estos(as) sean muy jóvenes o se encuentren en situación de discapacidad, se deberán adoptar métodos de comunicación no verbales acordes que favorezcan la comunicación y que además aseguren su participación. En conclusión, los(as) evaluadores deben poseer técnicas idóneas para analizar los relatos, el lenguaje manifestado por las niñas y los niños, y determinar con certeza la credulidad y la representación de los hechos ligados a uno de los motivos de la Convención de Ginebra, cuestión que incluso puede requerir la intervención de expertos en determinadas materias y, por ende, la realización de más de una entrevista.

Físicamente las entrevistas se deben llevar a cabo en espacios aptos donde niños, niñas y adolescentes sientan la seguridad y confianza para relatar hechos y manifestar sus opiniones libremente, para ello, se les deberá dejar en claro el carácter confidencial de la entrevista y la posibilidad de elegir un entrevistador o entrevistadora.

En cuanto a las obligaciones de decir la verdad, otorgar información detallada de los acontecimientos, cooperar de manera activa en la entrevista, explicar las razones invocadas en su solicitud y contestar todas las preguntas que el(la) entrevistador(a) les haga, se observarán de forma flexible en atención a la edad y entendimiento de los niños y niñas.

Finalmente, siendo la entrevista de elegibilidad uno de los dos momentos dispuestos para rendir pruebas, niños, niñas y adolescentes en colaboración con su representante legal o tutor podrán presentarlas según lo que estimen conveniente.

### **3.4 Valoración de la prueba por la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.**

Como se ha mencionado, la principal tarea de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado es asesorar al Ministerio del Interior mediante la extensión de información, antecedentes, recomendaciones u opiniones para que el Subsecretario del Interior decida de manera fundada el otorgamiento o rechazo del estatuto de refugiado, además de la cesación o revocación de este. Pero, para cumplir con dicho cometido deberá realizar previamente una valoración de los elementos y pruebas presentados por la Secretaría Técnica.

Cuando las solicitudes son realizadas por niños, niñas y adolescentes, el equilibrio entre el(la) examinador y el(la) solicitante se rompe de manera concluyente, el examinador deberá asumir la tarea de averiguar los hechos recurriendo a todas vías posibles para obtener las pruebas que justifiquen un fundado temor de persecución. Por lo tanto, en el probable caso de que niños, niñas y adolescentes no puedan expresar o relatar los sucesos de su solicitud, la Comisión de Reconocimiento deberá tomar decisiones en base a los antecedentes investigados e informes recopilados por la Secretaría Técnica según lo realizado en la entrevista de elegibilidad.

El beneficio de la duda debe tener mayor incidencia en las solicitudes de niños, niñas y adolescentes en correlación a lo dispuesto en la Ley 20.430, la cual refiere la imposibilidad de reunión de pruebas materiales, otorgando a la Comisión de Reconocimiento la posibilidad de basar sus recomendaciones en indicios, presunciones, credibilidad del(la) solicitante, y el beneficio de la duda.

Uno de los tantos problemas con los que se puede encontrar la Comisión de Reconocimiento al momento de evaluar es la edad del niño, niña o adolescente. En estos casos, la Comisión debe realizar una evaluación integral al niño o niña en consideración a su apariencia física y madurez psicológica, entregándoles desde el principio información completa y detallada de los procedimientos y su finalidad, asegurando su dignidad y protección, todo en compañía de su tutor o representante legal. Sin perjuicio de esto, en caso de incertidumbre, el criterio base debe ser considerarles como menores de edad.

Por último, aclaramos que en la evaluación de solicitudes de refugio de niños, niñas y adolescentes son igualmente aplicables las reglas de la sana crítica por parte de la Comisión de Reconocimiento.

### **3.5 Decisión de la Subsecretaria del Interior.**

Cualquiera sea la decisión administrativa que el Subsecretario del Interior dicte en relación a las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes, su resolución deberá estar debida y expresamente fundamentada en razón a los antecedentes aportados y recomendaciones elaboradas por la Comisión de Reconocimiento, así como también, en consideración a los hechos y al derecho. Si bien la Ley 20.430 y su Reglamento no determinan un método de valoración para este órgano decisor, se ha dicho ya que de manera supletoria se aplicará la Ley 19.880, apreciando la prueba “en conciencia”.

La Subsecretaría del Interior debe procurar resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes en el menor tiempo posible, entregándoles apoyo y protección durante todo el periodo que demore en entregar su decisión final. Una vez dictada la resolución, se les deberá informar de ésta nuevamente en un lenguaje apto a su edad y madurez, en presencia de su tutor o representante legal, y en el caso de que les deniegue su solicitud, se les debe conceder un tiempo razonable para recurrir en su contra, extendiéndoles además las instrucciones para ejercer correctamente este derecho.

A la postre, los recursos administrativos que pueden accionar niños, niñas y adolescentes son los mismos medios contemplados en el artículo 59 de la Ley No 19.880 y las acciones constitucionales contenidas en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República.

#### **4. DERECHO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SOLICITAR REUNIFICACIÓN FAMILIAR.**

La reunificación familiar es uno de los principios fundamentales para asegurar la protección de los(as) refugiados. En este sentido, se ha dicho que la familia es un núcleo natural y fundamental dentro de la sociedad, siendo además una de las garantes del cuidado y protección de niños, niñas y adolescentes. Es por ello, que el derecho de protección a la familia y la vida familiar se encuentra consagrado ampliamente en el derecho internacional y en el derecho interno.

Desde la perspectiva de niños, niñas y adolescentes, este principio tiene por objetivo identificar a su familia y reunirlos(as) junto a ésta bajo la protección del refugio, lo que favorecería la entereza y crecimiento del núcleo familiar. Su aplicación puede suponer la identificación del niño, niña o

adolescente como solicitante principal de refugio en representación de su familia, incluyendo al resto de los miembros como dependientes de ésta.

La Ley 20.430 regula el principio de la Reunificación familiar o Unidad Familiar en el artículo 9 y en el artículo 11 de su Reglamento, los cuales disponen que se reconocerá por extensión el estatuto de refugiado al cónyuge o a la persona ligada en razón de convivencia, ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela -exceptuando a todas aquellas personas indicadas en el artículo 16-, y sólo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado.

Los mayores conflictos que se han identificado dentro de las solicitudes de reunificación familiar, son los casos en que los progenitores o quien tiene el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes se encuentran afectos a una medida de expulsión o deportación a causa de su situación migratoria, cuestión que puede derivar en la separación arbitraria o abusiva del núcleo familiar. Dentro de este escenario hay dos intereses en juego; por un lado, la facultad que tienen los Estados para aplicar una política migratoria que se corresponda con el bienestar general de la nación y los derechos humanos, y, por otro, el derecho de los niños, niñas y adolescentes para mantener la protección y el disfrute de su vida familiar en plenitud. Con el fin de resolver la disyuntiva, la CIDH ha manifestado que la ley migratoria debe cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (CIDH, 2014), teniendo siempre en consideración que una medida como la expulsión puede perjudicar la vida de los niños y niñas y por ende su interés superior. Así, los Estados deben ponderar la protección de la unidad familiar y su legítima utilidad estatal por medio de una evaluación que considere:

- “a. La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia el país receptor;
- b. la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar,
- c. el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y
- d. el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma



tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger” (CIDH, 2014).

En definitiva, si un Estado adopta la decisión de negar una solicitud de reunificación familiar en atención a un interés legítimo, debe responder las consecuencias e impacto de esta en la vida de niños, niñas y adolescentes caso a caso, pues su obligación prioritaria es adoptar todas las medidas que promuevan la reunión de estos(as) con su familia y por ende, evitar la ruptura de su vínculo familiar.

## CONCLUSION.

Los niños y niñas solicitantes de refugio como grupo social afectan a una doble, e incluso, una triple situación de vulnerabilidad de acuerdo a lo expuesto por algunos autores(as), no es un fenómeno que impere en los análisis a considerar por los Estados ni la sociedad, pues se sigue priorizando la condición migratoria de los niños y niñas antes que su condición de niñez, lo que por consecuencia ha significado la omisión de sus necesidades particulares y la vulneración de sus derechos humanos fundamentales. La tensión entre el derecho que poseen los niños y las niñas para solicitar refugio y el derecho de los Estados para regular y rechazar el ingreso de personas refugiadas es un tema que aún sigue en pugna.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado en favor del reconocimiento legal de niños, niñas y adolescentes refugiados(as), obligando a los Estados a respetar, proteger y garantizar sus derechos sin discriminación alguna, pareciera ser que los instrumentos internacionales por sí mismos son insuficientes, pues se agotan en el reconocimiento legislativo interno de cada país. Claro es que, la realidad cotidiana en la que se desenvuelven niños y niñas refugiados tiene un transitar mucho más rápido que el reconocimiento jurídico de sus derechos, antagonismo que no permite realizar una correcta ponderación de las circunstancias fácticas que la ley intenta abordar.

Para proteger a niños, niñas y adolescentes, además de garantizar sus derechos se precisa un entramado aun mayor que abarque leyes; políticas públicas, programas y servicios; mecanismos de cuidado y vigilancia; sistemas de diseminación y sensibilización en temas de niñez; personas capacitadas y especializadas en materia de niñez; recursos económicos que puedan financiar las políticas, programas y servicios; gestión y estándares en la prestación de servicios a la niñez; gestión y remisión de sus casos (OEA, 2017), elementos todos que deben considerar la especial condición de niños y niñas refugiadas y los desafíos que enfrentan a lo largo de su desarrollo en todas las estructuras de ejecución institucional y social del país de destino. Autores como Touzenis (Cholewinski, De Guchteneire, & Pecoud, 2009) llegan incluso a postular un articulado particular y específico dirigido a la niñez migrante que incluya una perspectiva de infancia en su análisis y aplicación, de lo contrario seguiremos presenciando una continua revisión de los instrumentos ya existentes por parte de Tribunales y Organismos Internacionales.

En cuanto a la normativa nacional, la Ley 20.430 y su Reglamento enuncian que en todas las etapas del procedimiento de refugio en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes se tendrá en observancia las recomendaciones formuladas por la autoridad chilena competente para proteger sus derechos, así como también se considerarán las Directrices formuladas por el ACNUR sobre Protección y Cuidado de Niños Refugiados. Empero, el riesgo está en que la “observancia” no es sinónimo de obligatoriedad ni de garantía en su aplicación.

El Departamento de Extranjería y Migración ha manifestado que gran parte de las solicitudes de niños, niñas y adolescentes en refugio no presentarían mayores dificultades, ya que se tramitan en conjunto a las de sus familiares, por lo tanto, no habría una real necesidad de gestionar políticas institucionales para reconocerlos como un grupo social que requiere de una atención especial. Como pequeña muestra de lo anterior, UNICEF ha constatado en reiteradas ocasiones la falta de estructura física en las oficinas de la Sección de Refugio y Reasentamiento para la acogida de niños, niñas y adolescentes (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012). Así, la consideración que se les ha prestado por parte de estas instituciones ha sido ocasional, acotando más bien su trabajo a situaciones de alta complejidad.

Ante la ausencia de solicitudes de refugio de niños, niñas y adolescentes como titulares, se genera una merma en el análisis y estudio de dos ejes fundamentales: las formas de persecución que experimentan, y las medidas adoptadas por la autoridad para identificar dicha situación, pues al ser tratadas en conjunto a las solicitudes de sus padres y/o familiares directos, quedan subordinados(as) a la evaluación del reconocimiento o denegación de la condición de refugiados(as) de los(as) adultos(as). Por ello, es trascendental la exigencia de capacitar continua y formalmente sobre derechos humanos de los(as) migrantes y de infancia a todas las personas y autoridades que ejercen acciones dentro del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiados de niños, niñas y adolescentes, ya que una medida como esta, no sólo contribuiría a garantizar los derechos de niños y niñas en tanto las autoridades serían capaces de recurrir a medios y mecanismos que faciliten la identificación de situaciones vulneratorias y su pronta derivación, sino que también, facilitaría el acceso a prestaciones básicas que son vitales para niños, niñas y adolescentes. Igualmente, limitaría la discrecionalidad y discriminación arbitraria de las autoridades a fin de encontrar una asistencia sistemática que permita inducir adecuadamente a los niños y niñas al procedimiento de refugio, y asegure la aplicación del principio de no devolución y de no discriminación.

Como se intenta demostrar en el primer Capítulo de este trabajo, hay un desconocimiento en el registro y producción de datos sobre niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio que nos permita observar su caracterización e información mínima, tales como la edad, el sexo, la nacionalidad, lengua(s) hablada(s), situación de ingreso, tipo de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, resolución de sus solicitudes (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012) entre otros, lo que develaría la falta de centralización de la realidad de niños, niñas y adolescentes refugiados(as), aumentado la escasez de indicadores que posibilitan la ejecución de sus derechos a través del tiempo.

Desde otro ángulo, y tras el análisis de la Ley 20.430 y su Reglamento, podemos concluir que hay elementos claves que no se encuentran específicamente mencionados y que podrían ayudar a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados(as) dentro del procedimiento. El año 2016, la Mesa Técnica del Consejo Nacional de la Infancia elaboró una Propuesta señalando que la legislación migratoria, incluyendo la legislación sobre el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, debiese desarrollar de forma expresa:

- i. las garantías de un debido proceso que considere las especificidades y riesgos de la niñez en conformidad a los estándares de derechos humanos,
- ii. el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes,
- iii. el derecho de los niños, niñas y adolescentes a solicitar reunificación familiar y su derecho a no ser separados(as) de sus familias con motivo de procedimientos migratorios que afecten a sus padres, y en consideración a su interés superior,
- iv. la no penalización de niños, niñas y adolescentes a causa de infracciones migratorias,
- v. listado mínimo sobre los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y las niñas migrantes con independencia de su residencia en el país (Consejo Nacional de la Infancia, 2016)

A fin de reafirmar lo anterior, quisiéramos hacer alusión al Informe Final de Investigación Especial N°828, elaborado por el Departamento de Auditorías Especiales de la Contraloría General de la República, en atención a las presuntas irregularidades en las actuaciones del Subsecretario del Interior, el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, y funcionarios(as) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre la tramitación del proceso de solicitud de la condición de refugiados, incurriendo en dilaciones o aparentes negativas en su formalización entre el 01 de julio de 2018 y el 30 de junio de 2019.

La primera observación que podemos realizar, es que el informe no refiere la situación que experimentan niños, niñas y adolescentes dentro del procedimiento de refugio, cuestión que puede tener dos posibles causas: la primera de ellas es que, de acuerdo a las cifras entregadas por el Departamento de Extranjería y Migración, a la fecha no hay solicitudes presentadas por niños, niñas o adolescentes; y la segunda, es que en el caso de existir solicitudes de niños, niñas y adolescentes, se decide invisibilizarlas en tanto se asume que estas se tramitan junto a las de su grupo familiar o adulto responsable.

Pese a este escenario, y ajustándonos a lo planteado en el Informe, no cabe duda que los resultados de la investigación también son cuestiones que afectan a niños, niñas y adolescentes solicitantes de refugio. A saber:

- i. rechazos de solicitudes de refugio en fronteras por parte de Policía de Investigaciones de Chile, lo que trae aparejado el aumento de ingresos irregulares (de esto podemos agregar que los rechazos de solicitudes de refugio de niños, niñas y adolescentes aumentan en el caso de no poder acreditar la filiación con el adulto que los(as) acompaña, problemática que se extiende a lo largo de todo el procedimiento),
- ii. creación de exigencias y requisitos no contemplados en la ley para ingresar al procedimiento de refugio por parte de funcionarios(as) del Departamento de Extranjería y Migración,
- iii. evaluaciones de preadmisibilidad por funcionarios(as) no competentes sobre los fundamentos para solicitar refugio,
- iv. demoras y negativas arbitrarias e injustificadas en la tramitación de solicitudes de reunificación familiar,
- v. demoras en la emisión de visas temporarias y cédulas de identidad para los(as) solicitantes de refugio.

Destacamos asimismo, la denuncia sobre la ausencia de instructivos o manuales del procedimiento sobre la formalización de la condición de refugiado, generando así una alta dificultad en el acceso a la información a niños, niñas y adolescentes y sus familias.

Por lo tanto, la protección de niños, niñas y adolescentes refugiados(as) sigue siendo uno de los desafíos actuales, situación que deriva no solo del limitado tratamiento que se le ha dado a la infancia a nivel nacional, sino también, del insuficiente desarrollo del fenómeno migratorio, o puesto en otros

términos, deriva de la invisibilización de la infancia en general y de los niños, niñas y adolescentes migrantes en particular (ACNUR, OIM, & UNICEF, 2012), materias que exigen de forma urgente un compromiso basado en un enfoque de derechos humanos estructural. La regulación nacional referente a niños, niñas y adolescentes refugiados(as) no parece dar cumplimiento a las exigencias normativas de un debido proceso, ni mucho menos al enfoque de derechos de niños y niñas que esté en consonancia con los principios orientadores contenidos en la Convención sobre los Derechos del niño, esto es: su protección integral. Por lo tanto, readecuar políticas integrales en miras a su protección, puede promover cambios sistemáticos sobre la situación en la que se encuentran niños, niñas y adolescentes refugiados en Chile, entendiendo que las problemáticas que les afectan son “complejos, multicausales y multifacéticos” (OEA, 2017).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACNUR. (1982). *Protección de refugiados en América Latina. Buenas prácticas legislativas*. Obtenido de [https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas\\_Practicas/9203.pdf](https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9203.pdf)
- ACNUR. (22 de noviembre de 1984). *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Obtenido de [www.acnur.org/5b076ef14.pdf](http://www.acnur.org/5b076ef14.pdf)
- ACNUR. (1994). *Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado*. Obtenido de <https://www.refworld.org.es/docid/50ab8e0d2.html>
- ACNUR. (1997). *Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0593.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0593>
- ACNUR. (febrero de 1997). *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf>
- ACNUR. (2001). *Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados. Guía Práctica para parlamentarios. No 2*. Obtenido de <https://www.refworld.org/pdfid/42a021ef4.pdf>
- ACNUR. (2002). *Conclusión relativa al carácter civil y humanitario del asilo*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2075.pdf>
- ACNUR. (1 de Agosto de 2005). *Introducción a la Protección Internacional de las personas de la competencia del ACNUR: Módulo autoformativo 1*. Obtenido de <https://www.refworld.org.es/docid/4714bd082.html>
- ACNUR. (mayo de 2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>
- ACNUR. (2011). *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Obtenido de <https://www.acnur.org/5d4b20184.pdf>
- ACNUR. (febrero de 2015). *Plan de acción de Brasil. Primer Informe Trienal de Progreso 2015-2017*. Obtenido de [https://www.acnur.org/publications/pub\\_prot/5c8974a54/plan-de-accion-de-brasil-primer-informe-trienal-de-progreso-2015-2017.html](https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5c8974a54/plan-de-accion-de-brasil-primer-informe-trienal-de-progreso-2015-2017.html)
- ACNUR. (2017). *Fichas Técnicas. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR*. Obtenido de <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11472.pdf>
- ACNUR. (1 de febrero de 2019). *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional*. Obtenido de [www.refworld.org.es/docid/5d9e13214.html](http://www.refworld.org.es/docid/5d9e13214.html)

- ACNUR, OIM, & UNICEF. (julio de 2012). *Los derechos de los niños y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y Desafíos*, 7-275. Obtenido de [https://www.unicef.org/chile/media/1351/file/ninos\\_ninas\\_y\\_adolescentes\\_migrantes.pdf](https://www.unicef.org/chile/media/1351/file/ninos_ninas_y_adolescentes_migrantes.pdf)
- ACNUR. (1994). *Los Niños Refugiados: Directrices sobre protección y cuidado*. Obtenido de <https://www.refworld.org.es/docid/50ab8e0d2.html>
- Ambiado, C., & Tijoux, M. E. (2020). "¿Por qué observar y analizar las interacciones? Prácticas, comunicación, gestión y manifestaciones en la vida cotidiana en los procesos de racialización". *material del curso "Migraciones contemporáneas y construcción del sujeto migrante en Chile", impartido en UAbierta, Universidad de Chile*.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2010). *Historia de la Ley N°20.430 Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados*. Obtenido de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4756/1/HL20430.pdf>
- Biblioteca Nacional de Chile (s.f.). *El proceso de mestizaje en Chile. Memoria Chilena*. Obtenido de <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-100617.html>
- Buergenthal, T. (1989). La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista IIDH, Edición Especial 1989*, 111-119.
- Cano Christiny, M. V., Contrucci, M. S., & Martínez Pizarro, J. (julio de 2009). Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio. *Serie población y desarrollo, N°88*, 7-84. Obtenido de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7228/1/S0900516\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7228/1/S0900516_es.pdf)
- Centro de Estudios Justicia y Sociedad, P., Colunga, F., Wolrdvision, C., & UNICEF, C. (octubre de 2020). *Informe Final. Estudio exploratorio de caracterización de niños, niñas y adolescentes migrantes de América Latina y el Caribe y sus familias en Chile*. Obtenido de <https://www.unicef.org/chile/media/4361/file/Estudio%20exploratorio%20de%20caracterizaci%C3%B3n%20de%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes%20migrantes%20de%20Am%C3%A9rica%20Latina%20y%20el%20Caribe%20y%20sus%20familias%20en%20Chile.pdf>
- Cholewinski, R., De Guchteneire, P., & Pecoud, A. (2009). *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/292151594\\_Migration\\_and\\_Human\\_Rights\\_The\\_United\\_Nations\\_Convention\\_on\\_Migrant\\_Workers'\\_Rights](https://www.researchgate.net/publication/292151594_Migration_and_Human_Rights_The_United_Nations_Convention_on_Migrant_Workers'_Rights)
- CIDH. (28 de agosto de 2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- CIDH. (19 de agosto de 2014). *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Obtenido de <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>



- Comité de los Derechos del Niño (2005). *Observación General N°6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (2006). *Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. Obtenido de <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Organos/Nino/Generales/OGnino7.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (2009). *Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (2013). *Observación General N°14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Obtenido de [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990\\_d\\_CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf)
- Comité de los Derechos del Niño (2016). *Observación General N°20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*. Obtenido de <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1640449.pdf>
- Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, O. (16 de noviembre de 2017). *Observación general conjunta núm. 4 (2017) y núm. 23 (2017)*. Obtenido de <https://www.refworld.org.es/docid/5bd788294.html>
- Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, N. U. (16 de noviembre de 2018). *Observación general conjunta núm. 3 (2017) y núm. 22 (2017)*. Obtenido de <https://www.refworld.org.es/pdfid/5bd780094.pdf>
- Consejo Nacional de la Infancia, C. (2016). *Documento de Trabajo 4: Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes. Propuestas mesa técnica. Biblioteca Digital del Gobierno de Chile*. Obtenido de <https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/216/NNA%20migrantes%20mesa%20tecnica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Contraloría General de la República de Chile, C. (2013). *Dictámen N°74076. Sobre solicitud mediante la cual debe concretarse la petición de reconocimiento de la condición de refugiado*. Obtenido de <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/074076N13/html>
- Couture, E. J. (1979). *Estudios de Derecho Porcesal Civil. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar S.A. Obtenido de <http://stjtam.gob.mx/Cursos/libros/0000158.pdf?fbclid=IwAR35hTg3L8gCGMF1KMyAFaclOR0Y-ie0sL-WOAQViKdeEwA34FHPdy98xlg>
- De las Heras, M. J. (2016). Los migrantes como sujetos de protección social en Chile. *Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile, N°91*, 1-11. Obtenido de Temas de la Agenda Pública. Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 91, 1-11: <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2016/12/N%C2%B0-91-Migrantes-como-sujeto-de-protecci%C3%B3n-social.pdf>

- DEM. (2019). *Circular N°30722. Instruye No Sancionar a Menores de edad*. Obtenido de <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/06/Circ.-30722-2014-Instruye-NO-Sancionar-a-Menores-de-edad.pdf>.
- DEM. (2021). *Minuta Refugio en Chile*. Obtenido de [https://www.extranjeria.gob.cl/media/2021/08/Minuta\\_Refugio\\_1er\\_Semestre\\_2021.pdf](https://www.extranjeria.gob.cl/media/2021/08/Minuta_Refugio_1er_Semestre_2021.pdf)
- Fernández-Ramos, M. V. (2019). *Niños y niñas no acompañados. Entre la desprotección y la garantía de derechos*. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/75262/71975>
- Freeman, G. P. (2006). *La incorporación de inmigrantes en las democracias occidentales*. Obtenido de *Repensando las migraciones; nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, p. 131-156.
- Humanium. (s.f.). *Derecho a una identidad*. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/derecho-identidad/#:~:text=Desde%20su%20nacimiento%2C%20un%20ni%C3%B1o,puede%20ser%20de%20dos%20tipos%3A&text=Nacionalidad%20originaria%20o%20de%20sangre,el%20momento%20de%20su%20nacimiento>.
- Humanium. (s.f.). *Pactos Internacionales de 1966*. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/pacto-1966/>
- ICRC, IRC, Children, S. t., UNICEF, UNHCR, & Vision, W. (enero de 2004). *Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*. Obtenido de [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc\\_003\\_1011.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_1011.pdf)
- Iglesias, M. T. (2002). La protección de los refugiados en el marco regional europeo. *Anuario de derecho europeo, N°2*, 329-352.
- INE, I. N., & DEM, D. d. (marzo de 2020). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2019. Informe Técnico*. Obtenido de <https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/estimacionesdeextranjeros/>
- Isense Rimassa, C. (2016). Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. *Revista de Derecho Público, (84)*, 85-97. Obtenido de *Revista de Derecho Público. Vol. 84, 2016, pp. 85-97:* <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43061/44995>
- Jans, M. (2004). Children as citizens: Towards Contemporary notion of child participation. *Chilhood, 11(1)*, 27-44.
- Kashindi, J.-B. K. (enero de 2015). *La dimensión ético-política de Ubuntu y la superación del racismo en nuestra América*. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/473347145/2015-La-Dimension-etico-politica-de-Ubuntu-y-erradicacion-racismo-pdf>
- Lages, R. (2012). La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público. *Revista Tribuna Internacional, Volúmen 1, N°2*, 107-128.
- MERCOSUR, IPPDH, & Save The Children, S. (2019). *Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de*

derechos humanos. Obtenido de <https://www.mercosur.int/documento/proteccion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-contextos-de-migracion/>

- OEA. (30 de noviembre de 2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, Ser.L. V. II*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>
- OEA. (28 de febrero de 2020). *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. Ser.L/V/II.106*. Obtenido de <http://www.cidh.org/countryrep/canada2000sp/indice.htm>
- OIM. (2006). *Glosario sobre Migración. Derecho Internacional sobre Migración N°7, 1-92*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf>
- OIM. (2016). Derechos humanos de la niñez migrante. *Serie Migración y Derechos Humanos, (2)*, 1-47. Obtenido de <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Derechos-Humanos-de-la-Ninez-Migrante.pdf>
- OIM. (2019). *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020. Capítulo 8: Los niños y la migración insegura*. Obtenido de <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020-capitulo-8>
- Olea, H. (2012). Refugiados en Chile: Análisis de la Ley 20.430 y su Reglamento. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales*, 110-130. Obtenido de Derecho Universidad Diego Portales: [https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/refugiados\\_ley.pdf](https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/refugiados_ley.pdf)
- ONU. (21 de diciembre de 2009). *Observación General N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/4ed35beb2.html>
- ONU. (s.f.). *Historia de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>
- Pául Díaz, Á. (2016). La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (47), 361-395. Obtenido de *Revista de derecho (Valparaíso)*, (47), 361-395: [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512016000200012&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512016000200012&script=sci_abstract)
- Pavez-Soto, I. (2017). Integración Sociocultural y derecho de los niños inmigrantes en el contexto local. El caso del distrito de Recoleta (Región Metropolitana, Chile). *Chungará (Arica)*, 49 (4), 613-622.
- Pavez-Soto, I. (2017). La niñez en las migraciones globales: perspectivas teóricas para analizar su participación. *Tla-melaua, Puebla*, v. 10, 96-113. Obtenido de *Tla-melaua*, 10(41), 96-113: <http://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v10n41/1870-6916-tla-10-41-00096.pdf>
- Pavez-Soto, I., & Sepúlveda Kattan, N. (2019). Concepto de agencia en los estudios de infancia. Una revisión teórica. *Sociedad e Infancias*, 3, 193-210. Obtenido de <https://revistas.ucm.es/index.php/SOCI/article/view/63243>

- Pérez Barahona, S. (2003). El Estatuto de "refugiado" en la Convención de Ginebra de 1951. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 0(1), 225-250. Obtenido de <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf>
- RAE. (2021). *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. Obtenido de <https://dle.rae.es>
- RAE, R. A. (2021). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. [versión 23.4 en línea]. Obtenido de <https://dle.rae.es>
- Rodríguez de Taborda, M. C. (2012). Consideraciones jurídicas sobre los derechos de los niños migrantes. *Am. U.Int'l L. Rev.* 27,3, 643-671. Obtenido de <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1800&context=auilr>
- Sandoval-Forero, E., Román-Reyes, R., & González-Becerruel, J. (2015). El cuidado en el marco de la migración infantil. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 7, 28-44. Obtenido de [http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef7\\_3.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef7_3.pdf)
- SENAME. (noviembre de 2013). *Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes. Una mirada desde los Proyectos de Diagnóstico*. Obtenido de [https://www.sename.cl/wsename/otros/dam\\_2013/NNA\\_MIGRANTES.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/dam_2013/NNA_MIGRANTES.pdf)
- SENAME. (2017). *Resolución Exenta N°2721*. Obtenido de <https://www.sename.cl/tactiva/2017/diciembre/conve/2721.pdf>
- SENAME. (2018). *Oficio Circular N°04*. Obtenido de <http://nuestravozacolors.org/wp-content/uploads/2020/02/CEPIA-4-Chile-CIRCULAR-N%C2%B004-2018-procedimiento-NNA-extranjeros.pdf>
- Servicio Jesuita a Migrantes. (2020). *Migración en Chile. Anuario 2019. Un análisis Multisectorial*. Obtenido de <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/MIGRACION-EN-CHILE-V7.pdf>
- Tijoux Merino, M. E., & Palominos Mandiola, S. (2015). Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los fenómenos migratorios de Chile. *Polis (Santiago)*, 14(42), 247-275. Obtenido de [https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v14n42/art\\_12.pdf](https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v14n42/art_12.pdf)
- Tijoux-Merino, M. E. (2013). Niños(as) marcados por la inmigración peruana: estigma, sufrimientos, resistencias. *Convergencia*, 20(61), 83-104. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-14352013000100004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352013000100004&lng=es&tlng=es)
- Velazquez, E. O. (2015). *Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección*. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332015000100006&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332015000100006&script=sci_abstract)
- Ventura-Robles, M. E. (1996). *El Valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de *Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, 255-265: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2043/17.pdf>

Whitehead, A., Hashim, I., & Iversen, V. (Junio de 2007). Child Migration, Chile Agency and Intergenerational Relations in Africa and South Asia. *International conference, Childhoods: Children and Youth in Emerging and Transforming Societies, Vol. 29*, 4-42. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/237336827\\_Child\\_Migration\\_Child\\_Agency\\_and\\_Intergenerational\\_Relations\\_in\\_Africa\\_and\\_South\\_Asia\\_1](https://www.researchgate.net/publication/237336827_Child_Migration_Child_Agency_and_Intergenerational_Relations_in_Africa_and_South_Asia_1)

#### **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

ACNUR. (28 de julio de 1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Obtenido de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

ACNUR. (31 de enero de 1967). *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*. Obtenido de <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (14 de julio de 1975). *Decreto Ley 1094. Establece normas sobre Extranjeros en Chile*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6483>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (15 de abril de 2010). *Ley 20.430 Establece disposiciones sobre protección de refugiados*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435>

ONU. (septiembre de 1954). *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf>

ONU. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de [https://www.unicef.org/chile/media/3176/file/convencion\\_sobre\\_los\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](https://www.unicef.org/chile/media/3176/file/convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf)

#### **REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES**

CIDH. (6 de febrero de 2001). *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf)

CIDH. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>

Corte Suprema de Justicia Chile. (2019). *Causa ROL 14020-2019, caratulado "Benvidez/Ministerio del Interior"*. Obtenido de <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema>