



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA
DEL DERECHO

**PRIVACIÓN DE LIBERTAD, DERECHOS HUMANOS Y LOS MIGRANTES COMO
GRUPO VULNERABLE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VINKA SOFIA ARRIAGADA DIAZ

Profesor Guía: MARCELO OYHARÇABAL FRAILE

Santiago de Chile

2017

*Para aquellos que se sacrificaron,
partiendo de sus hogares y dejaron todo,
movidos por la ilusión de conseguir una mejor
calidad de vida para ellos y sus familias.*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION.....	1
I. CAPÍTULO.....	3
LA LIBERTAD PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	3
I.1. Contenido del derecho a la libertad personal.....	3
I.2. Consagración normativa.....	4
I.2.1. Derecho Internacional: Tratados de Derechos Humanos.....	6
I.2.1.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	7
I.2.1.2. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	8
I.2.1.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	9
I.2.2. Derecho Nacional: Constitución Política de la República.....	16
I.2.2.1. Consagración normativa y tratamiento constitucional.	18
I.2.2.2. El concepto de seguridad individual.	25
II. CAPITULO.....	27
LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO RESTRICCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL	27
II.1. Privación de libertad: El estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos garantizados.	27
II.1.1. Hipótesis en las que procede la restricción de libertad de un individuo.....	27
II.1.2. Requisitos de carácter procedimental que se deben cumplir al momento de efectuar el arresto.....	28
II.1.2.1. Derecho a ser informado de las razones de la detención.	29
II.1.2.2. Derecho a ser notificado, de los cargos, sin demora. (Artículo 7.4 de la CADH)	32

II.1.2.3. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.....	34
II.1.2.4. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad.	38
II.1.3.Las Garantías Judiciales en la privación de libertad	45
II.1.3.1. Derecho a la defensa técnica	48
II.1.3.2. Acceso efectivo a la asistencia consular.....	48
II.2. Falta de justificación de la privación de libertad.....	49
II.2.1.Privación ilegal de libertad.	50
II.2.2.Privación arbitraria de libertad.	53
II.2.3.El Recurso de Habeas Corpus.	55
II.3. Privación de libertad y grupos vulnerables.	59
III. CAPÍTULO	62
LOS MIGRANTES COMO GRUPO VULNERABLE. PRINCIPALES INCIDENCIAS EN MATERIA PENAL.	62
III.1. Los Migrantes	62
III.1.1. Concepto de Migración	62
III.1.2. Concepto de Inmigrante	64
III.2. Derecho Migratorio.....	65
III.2.1. Principios Fundamentales del Derecho Migratorio	65
III.2.1.1. Todo extranjero debe ser reconocido como sujeto de derecho.....	66
III.2.1.2. Principio de igualdad y no Discriminación.....	67
III.2.2. Regulación de la migración en Chile: Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería) y Decreto Supremo N° 597 (Reglamento de Extranjería).	68

III.2.3. Regulación internacional de la migración: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	71
III.3. Los Migrantes como grupo vulnerable y la especial condición de los migrantes en situación irregular.	74
III.4. Marco Regulatorio. Condena penal y derecho administrativo sancionador migratorio: Expulsión y otras consecuencias.	78
III.5. Responsabilidad penal y migrantes.....	85
III.6. Procedimientos especiales y responsabilidad penal. Efectos en migrantes. ..	85
III.7. Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Consecuencias de la Ley 20.603, que modifica ley de medidas alternativas a la privación de libertad, agregando la expulsión del país como medida restrictiva de libertad para extranjeros.	86
III.7.1. Superposición de expulsiones.....	89
III.8. Condena Penal. Procedimiento administrativo posterior.	90
III.9. Condena privativa de libertad. Traslado de condenados extranjeros hacia su país de origen.....	92
III.9.1. Extranjeros objeto de la medida.	92
III.9.2. Procedimiento del traslado.	94
III.9.3. Efectos del traslado.....	96
III.10. Nuevos procedimientos implementados en el proceso penal respecto a migrantes y extranjeros.	96
III.10.1. El derecho a la comunicación consular para víctimas e imputados extranjeros en el sistema penal como garantía del debido proceso.	98
III.10.2. Solicitudes de asistencia consular	99
III.11. Migrantes y extranjeros en el sistema penal. Cifras generales.	100
III.11.1. Distribución por Género.....	101

III.11.2.	Distribución de acuerdo a nacionalidad.	102
III.11.3.	Distribución de acuerdo a la región.	103
III.11.4.	Distribución por Delitos.....	104
III.12.	La Expulsión. Privación de la libertad ambulatoria.	106
III.13.	Análisis Jurisprudencial. Tendencias de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones respecto a la expulsión de Migrantes.	107
III.13.1.	Expulsión de extranjero y afectación de la familia.	108
III.13.2.	El decreto de expulsión debe cumplir requisitos de proporcionalidad y racionalidad.	111
III.13.3.	Expulsión de extranjero debe respetar la presunción de inocencia y debido proceso.....	114
III.13.4.	La expulsión debe dictarse por autoridad competente y en los casos previstos por la ley.....	114
III.13.5.	Privación de libertad de los migrantes mientras se ejecuta su decreto de expulsión.	116
III.13.6.	Privación de libertad por su situación migratoria, debe realizarse en un recinto adecuado y en lugares distintos a los de personas detenidas por delitos penales.....	119
CONCLUSIONES.....		122
BIBLIOGRAFÍA.....		126

RESUMEN

La presente memoria de prueba describe el tratamiento que ha tenido a nivel nacional el derecho a la libertad personal, aplicado a un grupo especialmente vulnerable, como son los migrantes. En tal sentido, se evalúan cuáles son las condiciones que rigen a éstos al momento de encontrarse privados de libertad. Luego, se examina el estándar vigente instaurado fundamentalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, finalizando con un análisis de las tendencias en la jurisprudencia nacional respecto de la materia, lo que develará la precariedad de nuestras leyes, desprotección y el constante incumplimiento de las obligaciones que instrumentos internacionales imponen al Estado de Chile para con los migrantes.

INTRODUCCION

La presente memoria de prueba tiene por objetivo general describir el estándar vigente a nivel nacional, respecto a la salvaguarda de los derechos fundamentales de un grupo especialmente vulnerable al interior de la prisión, a saber, los migrantes.

En este sentido, la necesidad de abordar esta temática, surge como una respuesta a la importancia de evaluar la forma en que el Estado de Chile da cumplimiento (o no) a los tratados internacionales de derechos humanos que lo obligan a adecuar su actuación con apego irrestricto a las garantías mínimas que han de ser aplicables a todo ser humano por el sólo hecho de serlo.

Particularmente, los objetivos específicos perseguidos son los siguientes:

- En un primer punto, contextualizar cuáles son las fuentes que erigen al derecho a la libertad personal como una garantía básica de toda persona;

- A continuación, identificar bajo qué supuestos podría restringirse el derecho a la libertad personal de un individuo, determinando su sentido y alcance práctico bajo la óptica del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, este trabajo analiza cuál es el estándar que la doctrina y jurisprudencia propia del derecho internacional de los derechos humanos ha instaurado a propósito de los migrantes que se encuentran privados de libertad.

- Luego, como tercer objetivo específico, se describirá, a los migrantes como grupo en específico. Para ello, se esbozará brevemente la evolución del fenómeno migratorio, a nivel nacional, la expulsión como cómo privación de libertad ambulatoria y sus incidencias en materia penal. Finalmente, veremos estadísticas que reflejan la participación de los migrantes en el sistema penal..

Por otra parte, la metodología empleada para el desarrollo del presente trabajo, se basó en la recopilación de información histórica y estadística, además de doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera relativa al tratamiento normativo de los migrantes privados de libertad, tanto a nivel nacional, como regional.

En este orden de ideas, cabe señalar como precisión metodológica que esta memoria aborda exclusivamente a los migrantes como grupo vulnerable, aun cuando a nivel de derecho internacional de los derechos humanos, se ha reconocido una mayor cantidad de categorías de personas sometidas a una especial condición de vulnerabilidad, como lo son los niños, las mujeres y los pueblos indígenas, entre otros. A este respecto, pretender abarcar cada uno de ello, supondría un ejercicio de una extensión considerable que no es posible de abordar en esta investigación.

Con todo, la presente memoria de prueba no pretende constituir una tesis por sí sola, sino que apunta en esencia a levantar aquellos aspectos de la normativa nacional, que develan un constante incumplimiento por parte del estado de Chile, de las obligaciones que le imponen los tratados internacionales de derechos humanos, en materia de protección de grupos especialmente vulnerables, en particular, aplicados a los migrantes.

I. CAPÍTULO.

LA LIBERTAD PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

I.1. Contenido del derecho a la libertad personal.

La libertad es definida por el diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE) como la “*facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*”¹. También como aquella “*condición de las personas no obligadas por su estado, al cumplimiento de ciertos deberes*”².

La libertad personal en la doctrina comparada, es definida como “*la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos. Se reconoce a la persona una potestad de autodeterminación y auto-organización que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones*”³. Otra definición doctrinal, se refiere a la libertad como “*la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir con un deber propio*”⁴.

¹ Diccionario RAE [en línea]

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=libertad [consulta: 27 de marzo de 2016].

² *Ibíd.*

³ PÉREZ MELLADO, Alejandro. “*Generalidades del hábeas corpus constitucional chileno*”. Santiago, Librotecnia, (2008), p. 106.

⁴ GARCIA MAYNES, Eduardo. “*Introducción a la Lógica Jurídica*”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., (1951), p. 208. EN: SERRANO TRASVIÑA, Jorge, “*Libertad Jurídica*” [en línea], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/52/dtr/dtr9.pdf> [consulta: 27 de marzo de 2016].

Para la Corte IDH, la libertad personal “sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. [...] La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”⁵. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

Ahora bien, cada nación ha regulado de distinta manera la libertad de sus ciudadanos. Es por ello que analizaremos la forma en que nuestro ordenamiento consagra la libertad. Dentro de los aspectos relevantes a considerar, encontramos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado chileno, que abordan a la libertad en diversos aspectos, entre los cuales destaca y será objeto de análisis, el derecho a la libertad personal.

En este tema, veremos cómo la suscripción de estos instrumentos va generando la constante exigencia de adecuación legislativa para nuestro país, respecto a los estándares de conducta impuestos por los tratados internacionales ratificados por Chile, todo ello en razón de las disposiciones constitucionales que los hacen prevalecer. A continuación ahondaremos brevemente en este aspecto.

I.2. Consagración normativa.

De acuerdo a lo señalado en nuestra Constitución Política de la República, Capítulo Primero, titulado “Bases de la Institucionalidad”, su artículo n° 1 señala:

⁵CORTE IDH, Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Parr.52.

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El referido enunciado, tanto por su ubicación, así como también por su redacción, otorga a la libertad jurídica, el valor de principio básico y fundante de un Estado Democrático de Derecho.

El reconocimiento por parte de los Estados a la libertad personal de forma general, así como también de sus diversas hipótesis específicas, como por ejemplo, la libertad de conciencia y de culto, la libertad de expresión, la libertad de circulación, residencia, entrada y salida del país, la libertad de reunión y de asociación, etc., ello, debido a que su concepción no se restringe sólo a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sino que también comprenden aquellos asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes por un determinado Estado, entre los cuales se encuentran los pertenecientes al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se debe precisar que la libertad personal en esencia se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo; lo que se materializa en *“el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal”*⁶. En otras palabras, es la facultad de poder disponer de nuestro ser y actuar regido por nuestra voluntad, sin otras limitaciones que las impuestas por el derecho ajeno y el ordenamiento jurídico en general, que hacen posible la vida en sociedad⁷.

En particular, la libertad personal se refiere esencialmente a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, las cuales podemos encontrar en dos esferas: la libertad personal ambulatoria y la libertad de circulación. Ambos términos son complementarios, pero no sinónimos.

⁶NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «*La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno.*» Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. Vol. XIII (Diciembre 2002). [en línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100011&script=sci_arttext#r1. [consulta: 24 de marzo de 2016].

⁷ Se excluye, cualquier significancia sobre libertad moral, toda vez que este aspecto del derecho a la libertad, parecería encontrarse tutelado por el derecho a la intimidad y particularmente por el derecho a la intimidad moral, según ya lo ha indicado el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en algunas de sus recomendaciones.

El derecho a la libertad personal ambulatoria tiene un contenido más amplio que la libertad de circulación, siendo definida por el profesor Humberto Nogueira como aquel *“derecho que permite a la persona trasladarse sin obstáculos por el territorio nacional pudiendo asentarse donde estime conveniente, como asimismo, entrar y salir libremente del país, pudiendo expatriarse si lo considera adecuado”*⁸.

A partir de esta enunciación, se identifica una sub clasificación ampliamente reconocida por la doctrina constitucionalista, y que identifica una dimensión interna y otra externa de este derecho. La dimensión *interna*, consistente en la facultad de moverse libremente por el país y la dimensión *externa*, referida a la posibilidad de entrar y salir libremente del mismo.

1.2.1. Derecho Internacional: Tratados de Derechos Humanos.

El artículo 5 inciso 2º de nuestra Constitución Política de la República, establece de manera expresa, la obligatoriedad de estos instrumentos internacionales para el Estado de Chile al indicar que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Concordando con ello, el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 346 - 2002, fue enfático al señalar que las disposiciones de los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las disposiciones legales. En efecto, en el considerando 75º cita al profesor Alejandro Silva Bascuñán, quien afirma: *“en la Comisión Ortúzar sostuvimos que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de*

⁸NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Óp. Cit., <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art11.pdf> [Consulta: 25 de marzo de 2016]

*manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales*⁹.

Dicho esto, a continuación mencionaremos en orden cronológico los principales Instrumentos Internacionales que regulan a la libertad personal como Derecho Humano protegido por la comunidad internacional.

I.2.1.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Es el primer cuerpo normativo que hace referencia directa al derecho a la libertad personal, sancionado en el mes de junio del año 1948, en Colombia.

Artículo I: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.

Artículo XXV: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”*.

Más adelante, podremos darnos cuenta que las características de esta regulación presentan un esquema similar al que posteriormente adoptó nuestro texto constitucional, ya que ambos entregan una protección general al derecho a la libertad, refiriéndose a la capacidad de una persona para auto determinarse, y el derecho a la

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N° 346. ‘Sobre la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional’. 8 de abril de 2002. [en línea]http://www.camara.cl/camara/camara_tc3.aspx?prmART=5&prmROL=346&prmIDA=895 [consulta: 5 de abril de 2016].

libertad personal, entendida como la libertad física del ser humano, estableciendo desde ya limitaciones básicas al ejercicio del poder público estatal.

De esta forma, puede observarse la preocupación a nivel internacional, por establecer exigencias dentro de un texto normativo, en donde se regule el derecho a la libertad personal, entre las cuales resultan especialmente relevantes la legalidad en la imposición de la medida y el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales bajo los cuales se debe realizar una detención o arresto.

I.2.1.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

Sólo meses después, nace este instrumento, el cual surge como respuesta al profundo repudio de la comunidad internacional respecto a las terribles injusticias y crueldades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial.

El derecho a la libertad en sentido amplio se encuentra regulado en los artículos 1, 2, 3 y como libertad personal propiamente tal en el artículo 9, todos los que expondremos a continuación:

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros;

Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...;

Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; y,

Artículo 9: *Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.*¹⁰

Consideramos que este derecho presenta un tratamiento más superficial que aquel recibido por la Declaración Americana, lo cual, posiblemente se debe a que nuestro continente ha estado ligado a una serie de actos que en su mayoría vulneran esta garantía, así lo han reconocido algunos autores¹¹. Es en razón de ello, que si bien surge la necesidad de adecuar los estándares de conducta debidos desde un modelo internacional, éste necesariamente se debe configurar a partir de la experiencia regional¹².

I.2.1.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, únicamente representaron principios y orientaciones para los Estados que adherían a dichos instrumentos, ya que en términos formales, su aplicación no era vinculante para aquellos países. Esta situación se debía en gran medida a la inexistencia de un verdadero sistema de protección de Derechos Humanos en el plano Interamericano que abarcara nuestra experiencia regional. Es por esta razón, que los instrumentos internacionales *“permanecieron vigentes pero sin aplicación hasta 1959, fecha en que se produjo un hecho que dio real comienzo al sistema: el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la CIDH), mediante la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores”*¹³.

¹⁰ DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS DEL HOMBRE, adoptada en la 183ª Sesión Plenaria, celebrada en el Palacio de Chaillot, París, Francia, 10 de diciembre de 1948, [en línea]: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III)). [consulta: 2 de abril de 2016].

¹¹ Entre ellos, el jurista y ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Cançado Trindade.

¹² Así, surge la importancia que tendrán en nuestro contexto, los precedentes establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las materias sometidas a su conocimiento.

¹³ MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio. *“Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección”*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (2007), p. 15.[en línea]:<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>. [consulta: 6 de abril de 2016].

Posteriormente, en el año 1969 “se (daría) el próximo paso para establecer un sistema efectivo de protección de los derechos humanos. Se adoptó un tratado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, además de establecer derechos y obligaciones para los Estados partes, creó dos órganos de supervisión, la Comisión y una Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”)”¹⁴. Si bien este tratado se adoptó en el año 1969, casi 10 años después entró en vigor, siendo ratificada por undécima vez, de acuerdo a las exigencias de dicho instrumento para su correspondiente entrada en vigencia.

Sin duda, la instauración de dos órganos competentes para conocer de las materias relativas al cumplimiento de los deberes adoptados por los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, ha marcado un hito trascendental en la materia, plasmando en la práctica un efectivo sistema de protección para aquellas garantías mínimas contenidas dentro de estos y otros instrumentos internacionales, cuya novedad e importancia reside en la facultad que adquirieron al hacer exigibles a los Estados el apego irrestricto a sus obligaciones internacionales, en calidad de entes que deben ser responsables por sus actos.

A continuación nos referiremos con más detalle al ámbito de acción de estos dos organismos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *“Tiene básicamente procedimientos para controlar la conducta de los Estados con respecto a los derechos humanos establecidos ya sea (nº1) en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o (nº2) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer procedimiento le permite examinar la situación general de derechos humanos en el territorio de un Estado determinado y preparar un informe sobre esta situación. El otro le permite conocer de los casos de violaciones individuales de derechos humanos”*¹⁵.

En el nº 1, por lo general las gestiones se llevan a cabo a través de observadores de derechos humanos que son designados en una determinada región,

¹⁴MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio., Óp. Cit. p. 16.

¹⁵MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio., Óp. Cit. p. 50

en conjunto con las relatorías especializadas y grupos de trabajo que funcionan de manera permanente dentro de la Comisión IDH. Los resultados obtenidos por estos observadores son plasmados en un informe, el cual describe la situación en la que se encuentran los derechos analizados dentro de un determinado país. En caso de que el estándar de conducta aplicado no se condiga con aquellos requeridos por los Instrumentos Internacionales pertinentes, se le llamará la atención al Estado.

En el nº 2, el procedimiento se inicia a instancia de parte, pero previo a ello, la Comisión IDH se debe pronunciar sobre el fondo de dicha comunicación, y además cumplir con una serie de requisitos relacionados con cuestiones de competencia y admisibilidad:

Competencia: en razón de las personas, la materia, el tiempo y el lugar de comisión del acto violatorio.

Admisibilidad: Observancia de formalidades, agotamiento de los recursos internos, plazo para interponer la denuncia, no duplicidad de procedimientos, y compatibilidad *prima facie* de la petición.

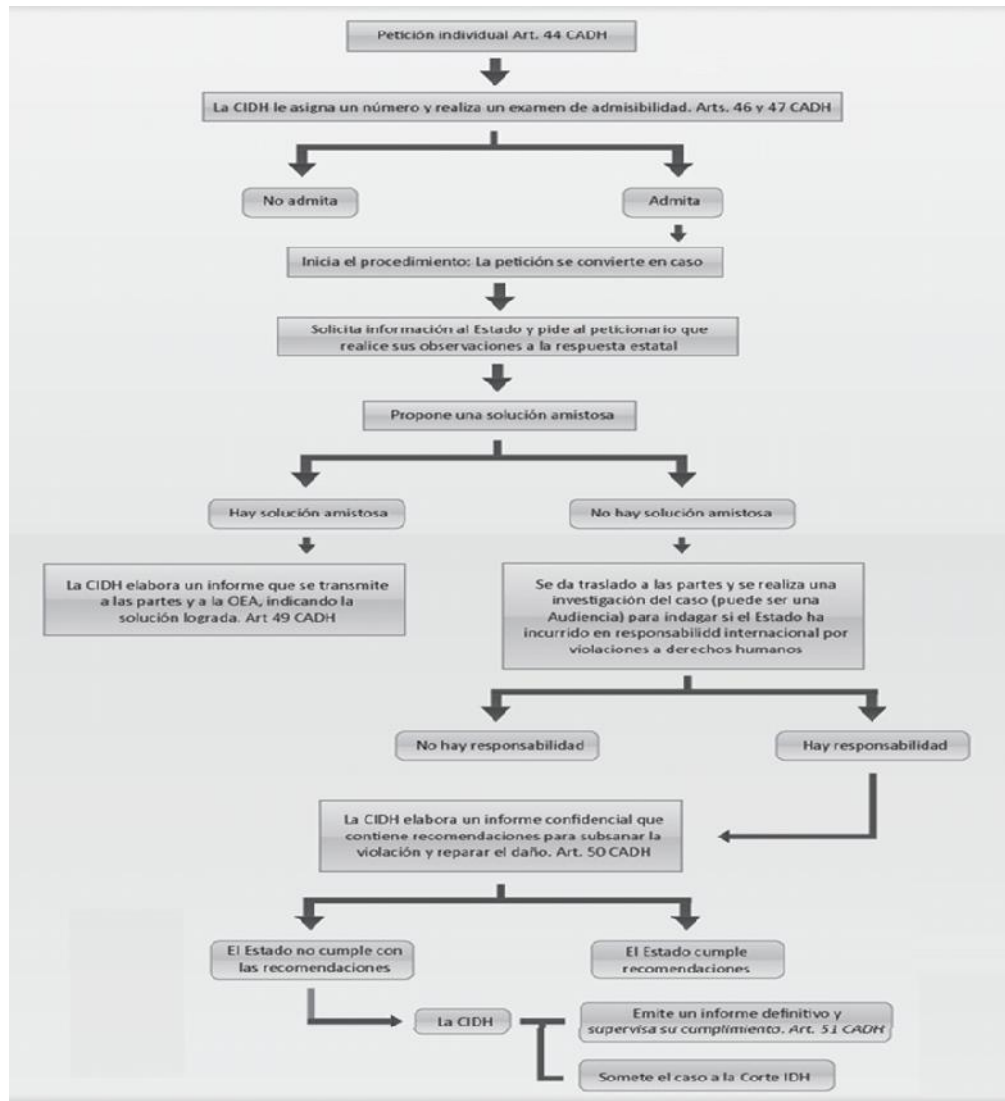
Una vez realizado dicho examen y declarada la admisibilidad del caso en particular, sin haber logrado una solución amigable respecto al asunto en controversia, este organismo analizará el caso. De estimar que el Estado violó la Convención Americana de Derechos Humanos, emite un informe con recomendaciones y proposiciones, otorgándole a este un plazo de 3 meses para que adopte dichas medidas, y de esta forma pone término al conflicto. Si el Estado infractor dentro de este plazo de 3 meses no acata dichas recomendaciones y proposiciones, se emite un segundo informe, fijando un nuevo plazo para que el Estado adopte las medidas necesarias sugeridas y ponga término a la situación infractora de Derechos Humanos. Llegando a este punto, se debe señalar, que hasta el día de hoy se discute si este instrumento es vinculante o sólo reviste un carácter consultivo, temática que aún no se encuentra zanjada.

Pese a ello, estas recomendaciones adquieren una importante utilidad práctica respecto a los Estados que sí han aceptado la competencia de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, tribunal que continuamente cita y orienta el razonamiento dentro de sus fallos, reconociendo el principio conforme al cual, las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, “*deben ser interpretadas de manera tal que tengan un efecto útil*”¹⁶.

¹⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio., Óp. Cit. p. 76.

Esquema del procedimiento usual de una petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷.



¹⁷ CORTE IDH. Esquema del procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acercade/comoaccederalsistemainteramericano/procedimiento>. [consulta: 28 de noviembre de 2016]

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Tiene dos labores principales:

“(1) Resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención por parte de un Estado parte, y... (2) emitir opiniones consultivas en los casos señalados en el artículo 64 de la Convención”¹⁸.

Dentro de las funciones descritas de la Corte IDH, la primera de ellas resulta especialmente relevante, debido a que los fallos dictados sobre la materia pasan a ser vinculantes para los Estados que han aceptado su competencia y con ello, establecen criterios y precedentes acerca de los estándares que deben adoptarse en Derechos Humanos dentro de la región.

Emblemático es el caso *“Velásquez Rodríguez vs. Honduras”¹⁹*, en el cual la víctima, Manfredo Velásquez Rodríguez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, desapareció producto de un secuestro ejecutado por hombres armados, vestidos de civil y vinculados con las Fuerzas Armadas, lo que constituyó violación del derecho a la libertad personal imputable al Estado de Honduras.

A partir de este caso, el secuestro fue catalogado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un delito de lesa humanidad, debido a que es considerada como una privación arbitraria de libertad que además, vulnera el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, infringiendo el artículo 7º de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal.

A partir de este caso, la Corte comenzó a definir los criterios bajo los cuales debe regirse e interpretarse el derecho a la libertad personal contenido en el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos, el cual pasaremos a citar:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

¹⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio., Óp. Cit. p. 52.

¹⁹ CORTE IDH, caso *“Velásquez Rodríguez vs. Honduras”*. Fondo, reparaciones y costas. 29 de julio de 1988.

2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*
7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.*

I.2.2. Derecho Nacional: Constitución Política de la República.

La libertad personal contemplada como derecho fundamental para las personas, surge a partir de la denominada doctrina del “bloque constitucional de derechos fundamentales”²⁰, la que a través de su visión, permitió dar respuesta a la urgencia en la consagración interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde *“(se) evidencia, si se quiere con más intensidad, la misma conciencia jurídica colectiva que funda y explica, no sólo la emergencia de un Derecho Internacional contemporáneo, con las características que he señalado, en general, sino también, muy especialmente, un Derecho Interamericano de los Derechos Humanos que se impone, tanto en el orden interno, como imperativo e intangible, incluso para la Constitución, cuanto en el internacional, también como imperativo e intangible, incluso sobre los tratados y la propia costumbre internacional, con la fuerza del ‘jus cogens’, por lo menos en su conjunto. No pretendo afirmar, de una vez, que todas las normas de derechos humanos, o que todos los derechos humanos sean ‘jus cogens’, per se; pero, aparte de que algunos sí parecen serlo, por ejemplo, los llamados inderogables, en realidad insuspendibles, en todo caso el Derecho mismo de los Derechos Humanos sí lo es”*²¹.

Son atingentes las palabras de Rodolfo Piza Escalante para comprender la necesidad de inclusión interna que se debe producir en la normativa. El origen de este fenómeno no es casual, sino que, por el contrario, responde a complejos procesos

²⁰ “El bloque constitucional de derechos fundamentales, en virtud de su unidad de naturaleza de constituir atributos y garantías que concretan derechos y tienen su fundamento en la dignidad humana reconocida constitucionalmente, constituye un bloque unificado sustantivo o material de atributos y garantías de los derechos, al cual la misma Carta Fundamental le reconoce una fuerza normativa superior, permitiendo que este bloque constituya una limitación para el ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos constituidos del poder público estatal, como lo determina expresamente la Constitución en su artículo 5° inciso 2°, debiendo todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades estatales conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque de derechos”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *“El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”*. Estudios Constitucionales, vol.13 n°.2, Santiago, 2015.

²¹ PIZA ESCALANTE, Rodolfo. “El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos - El Ejemplo de Costa Rica”, EN: FIX ZAMUDIO “Liber Amicorum Vol. I”, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 185.

históricos, políticos y sociales que han marcado tanto a nuestro país como a varios de ellos en el mundo.

Sin tener la intención de profundizar en el aspecto histórico de la inclusión en nuestra Constitución del Derecho a la Libertad Personal, como garantía debidamente conceptualizada y sistematizada, este es un fenómeno relativamente reciente, ya que su reconocimiento expreso y por ende vinculante, a través de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, se hace posible recién en el año 1990, época en que Chile se encontraba en pleno desarrollo de transición a la democracia, obedeciendo paulatinamente a la imperiosa necesidad de adecuar la legislación interna, según lo suscrito en los tratados internacionales sobre la materia, a los cuales Chile había adherido. Es dentro de este contexto social, político y normativo, que la constitución consagra y reconoce el derecho a la libertad personal.

La práctica legislativa nacional se orientó a generar un marco normativo inclusivo, con la intención, en la medida de que lo permitían las circunstancias, respetar los derechos y garantías mínimas de toda persona, cuya expresión más clara la encontramos en la consagración normativa contenida en el artículo 19, de nuestra Constitución Política, señalando un completo catálogo de prerrogativas inherentes a todo ser humano por el sólo hecho de revestir tal calidad²². Si bien hemos avanzado en la materia, aun estamos muy lejos de cumplir con el estándar exigido por dichos Instrumentos, ya que *“no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable”*²³, lo cual estamos muy distantes de realizar en la práctica.

²²La principal norma como referencia, es el artículo 19, ubicada en el capítulo III de nuestra carta fundamental, titulado “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, el cual desarrollaremos en extenso más adelante.

²³Opinión Consultiva. “*Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”. OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 170.

I.2.2.1. Consagración normativa y tratamiento constitucional.

El derecho a la libertad se encuentra regulado en nuestra Constitución Política de la República, la cual parte reconociendo este derecho desde una perspectiva amplia, que luego se va especificando, al describir cada uno de sus aspectos de forma particular, profundizando en el tema de análisis en cuestión, el derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad personal es abordado por nuestra carta fundamental de acuerdo al siguiente esquema:

Regulación general: En el capítulo I, titulado “Bases de la Institucionalidad”, se encuentran contenidas normas que son transversales a toda la normativa constitucional y legal que configura el ordenamiento jurídico interno nacional, consagrando este derecho esencialmente en:

Artículo 1 CPR: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”,* y

Artículo 5 inciso 2º CPR: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*

Regulación particular: En el Capítulo III, titulado “De los derechos y deberes constitucionales”, el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental se refiere a los aspectos específicos del derecho a la libertad; constituyendo el numeral 7, a nuestro juicio, la principal norma referente al derecho a la libertad personal.

Luego de citar dicho artículo, procederemos a analizar las hipótesis específicas que regulan el derecho a la libertad personal, simplificando su contenido y haciendo énfasis en cada uno de los aspectos tutelados por este derecho.

Art. 19 N° 7 CPR *“La Constitución asegura a todas las personas... el derecho a la libertad personal y seguridad individual.*

Por tanto;

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.

Se trata de la libertad de residir, domiciliarse, trasladarse de un lugar a otro y entrar y salir del territorio nacional. Sólo a contar de la reforma constitucional de 1971 se señala que las limitantes a este derecho deben establecerse en la ley, consagrando una suerte de reserva legal sobre cuyos alcances podrá existir discusión pues, en el texto original de la Constitución de 1925, se utilizaba una vaga expresión, de carácter más bien administrativo, cual era los “reglamentos de policía” como límites a la libertad en estudio²⁴.

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

La “seguridad individual” es una garantía o protección de la libertad individual, en cuanto a que no existan limitaciones ilegales o arbitrarias a dicho derecho que en los hechos, lo anulen. Por ello se consagra expresamente el principio de la “reserva de ley”, en virtud del cual sólo podrá restringirse o privarse del derecho a la libertad personal, en los casos e hipótesis expresamente previstos en las leyes. Además, se reconoce el requisito de legalidad material al cual debe encontrarse sujeta toda persona que sea privada de libertad.²⁵

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere

²⁴ AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. *“Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”*. Apuntes de clases de Derecho Constitucional II, Universidad de Chile, [en línea] https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D123A0313/1/material_docente/ [consulta: 12 de abril de 2016]

²⁵ *Ibid.*

sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

Regula los requisitos esenciales de la detención y el arresto, de manera que si no se cumplen con ellos, se incurre en inconstitucionalidad²⁶. Ahora bien, debe tenerse presente que esta disposición no necesariamente logra su propósito pues, en definitiva, se remite al legislador consagrando una reserva legal de límites y alcances inciertos.

El “arresto” no se encuentra directamente vinculado a un proceso judicial penal dirigido contra la persona a la que se priva de libertad. Es un apremio legítimo que, por ejemplo, se aplica a quienes no pagan las pensiones alimenticias o al testigo que incurre en rebeldía en cuanto a declarar. Al ser el apremio, el arresto sólo busca que se dé cumplimiento a una carga y, por lo mismo, es de duración limitada sin consecuencias ulteriores.

Por su parte, la detención es temporal y tiene directa relación con un proceso penal (ya sea presente o futuro) dirigido en contra de la persona que se detiene, pero puede tener su origen en una resolución judicial o incluso administrativa, siendo una noción amplia que tiende a abarcar toda privación de libertad transitoria, reflejando el espíritu extensivo de la norma en estudio.

A propósito de la hipótesis de flagrancia, se pone énfasis en aspectos particulares²⁷ que tiene este tipo de detención, tendiendo a desvirtuar el espíritu de la

²⁶ Los requisitos constitucionales para que proceda la detención y/o arresto son:

- Tiene que existir la orden de un funcionario público expresamente facultado para ello por la ley.
- La orden de detención debe ser intimada legalmente, esto es, notificada dando cumplimiento a las normas legales de manera de permitir al afectado el conocimiento de las causas de la privación de libertad y, en consecuencia, facilitar su defensa.

²⁷ La norma contempla una excepción genérica al cumplimiento de estos requisitos constitucionales para que proceda la detención, ello se da en caso de existir delito flagrante.

La noción de flagrante no se limita sólo a quien es sorprendido directamente en la comisión del delito pues incluye también al que, por ejemplo, huye del lugar con signos evidentes de haber participado en él.

norma, cuyo objetivo último, no es otro que evitar la arbitrariedad en la imposición de esta clase de medidas.²⁸

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público. Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

Esta garantía en cuanto al lugar de privación de libertad busca, principalmente, asegurar la integridad física y moral de la persona así como su ubicación de manera que no se entienda desaparecido y también como una forma de cautelar la eficacia del recurso de habeas corpus.

También regula la incomunicación a la que se verá sometido el detenido, ya que constituye una medida que agrava la privación de libertad. De esta forma se compensa el interés social existente en el éxito de una investigación y el derecho constitucional a la defensa²⁹.

e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por la juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los

En tal caso, cualquier persona puede proceder a la detención inmediata sin mayores requisitos formales, pero con el único propósito de poner al detenido "a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes". Resulta entonces que la diferencia entre una detención y un simple secuestro pasa, en los hechos, por la existencia de un delito o por el plazo de duración de la privación de libertad.

²⁸ AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. Óp. Cit.,

https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D123A0313/1/material_docente/ [consulta: 12 de abril de 2016]

²⁹ Ibíd.

requisitos y modalidades para obtenerla. La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;

En este apartado se regula, a nivel constitucional, la tensión que se produce entre las necesidades del proceso criminal, la protección de la sociedad y la necesaria presunción de inocencia³⁰.

Estipula de forma expresa, las maneras en que pueden aplicarse restricciones al derecho a la libertad personal dentro de un proceso penal, indicando las hipótesis en virtud de las cuales podrían impetrarse medidas cautelares que perturben o priven a un individuo de dicha garantía, las cuales, en principio, responden a criterios de naturaleza eminentemente procedimental; sin embargo, terminan incluyendo una causal ambigua, a saber “el ser considerado como un peligro para la sociedad”, lo cual deforma el sentido original de la norma de Derechos Humanos, acercándose más bien a aquellas doctrinas expansionistas del derecho penal, o si se quiere ser aún más radical en el planteamiento, similares a aquel derecho penal del enemigo (no ciudadano)³¹.

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;

El hecho de que esta norma se encuentre plasmada en nuestra Constitución se justifica plenamente, ya que refleja con absoluta claridad la condición de vulnerabilidad a la cual se encuentra expuesta una persona mientras permanece en un contexto de privación de libertad, lo cual, obviamente abre la posibilidad de que la persona

³⁰Ibíd.

³¹EDWARDS ZAMORA, Matías. “Una mirada crítica a la evolución del derecho a la libertad personal a partir de la jurisprudencia de la Corta Interamericana de Derechos Humanos (período 2004-2010)”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, (2012). p. 22.

arrestada, detenida o presa, sea objeto de coerción en orden a obtener una declaración de parte de éste³². Llama la atención que se limite sólo la declaración bajo juramento pues, interpretando la norma de manera aislada, existiría la posibilidad de obligar a alguien a que declare sin ser juramentado de manera previa.

g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;

Esta norma podría haberse establecido en otro articulado de la constitución, ya que no se intenta en lo inmediato resguardar la libertad personal, siendo la imposición de dicha medida más bien una sanción de carácter civil patrimonial, que penal³³.

Sin perjuicio de ello, este principio guarda relación con el resguardo del patrimonio familiar, en la medida que se estima que privar de los bienes a una persona que ha sido condenada por delito involucra un castigo que excede al individuo y alcanza a la familia³⁴.

El referido artículo apunta a la imposibilidad de confiscación³⁵, prohibiendo esta pena, pero contempla dos excepciones: el comiso³⁶ y las asociaciones ilícitas³⁷.

h) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales;

Si bien el derecho previsional da cuenta de una parte del patrimonio y, por ello, la norma podría estimarse reiterativa de lo señalado en la letra g) del artículo en estudio, en los hechos se estimó que el derecho previsional constituye una mera

³² *Ibíd.*

³³ AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. *Óp. Cit.*, https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D123A0313/1/material_docente/ [consulta: 12 de abril de 2016]

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ La “*confiscación*” es una pena en virtud de la cual el Estado adquiere la propiedad de determinados bienes sin pago de indemnización alguna.

³⁶ El “*comiso*”, que es una especie de confiscación relativa a los instrumentos, medios o armas empleados para actuar; o efectos especies sustraídas del delito.

³⁷ Las “*asociaciones ilícitas*” es una agrupación constituida a objeto de realizar actividades delictuales, sancionándose la existencia de dicha agrupación con cierta independencia de si se han cometido los delitos proyectados o no.

expectativa y, por ello, se hizo mención explícita a él. No cabe hablar, en propiedad, de confiscación de derechos previsionales³⁸.

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

Consagra constitucionalmente el sistema de responsabilidad del Estado juez, a través de la inclusión de la acción indemnizatoria por errores inaceptables de la actividad judicial, precisamente porque reconoce de manera expresa, el carácter insuspendible del derecho a la libertad personal, en un contexto de ausencia de garantías.

Si bien existe una serie de deficiencias en la forma de abordar el resguardo constitucional del derecho a la libertad personal, se destaca el hecho y la intención de describir numerosas y diversas hipótesis que contemplan el respeto y protección a nivel constitucional de esta garantía fundamental, teniendo su mayor relevancia en el orden jurídico - procesal.

Es por ello que nuestras leyes han ido cambiando y adaptando diferentes normas relacionadas a esta materia, incluyendo cada una de estas garantías con apego a los estándares de conducta generados por los precedentes emanados de los organismos internacionales competentes en materia de Derechos Humanos. Una clara y emblemática expresión de este espíritu garantista, fue el proyecto original de nuestro Código Procesal Penal (nos referimos al proyecto original, ya que lamentablemente con las posteriores modificaciones se ha desvirtuado esa inspiración, así como su sentido, alcance y proyección en el tiempo).

³⁸AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. Óp. Cit.,
https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D123A0313/1/material_docente/ [consulta: 13 de abril de 2016]

I.2.2.2. El concepto de seguridad individual.

El artículo 19 n° 7 de nuestra CPR versa:

“La Constitución asegura a todas las personas... el derecho a la libertad personal y seguridad individual”.

Para la doctrina nacional, se suele considerar a la libertad personal como un derecho distinto de la seguridad individual, postulando que:

i) Para algunos se trataría de un concepto que no conforma un bien jurídico especial sino que, por el contrario, sería la simple consecuencia de la consagración, frente al actuar del Estado y terceros, de otros bienes jurídicos del liberalismo clásico como lo son por ejemplo, la libertad y la propiedad.

ii) Otros autores plantean que la seguridad jurídica conforma un bien jurídico especial que marca un deber de actuar del Estado relativo a asegurar el real ejercicio de la libertad personal a través de ciertos niveles de orden y seguridad para que este no sea expuesto a perturbaciones, como por ejemplo los asaltos, asesinatos, etc.

Dicha diferencia conceptual que en algún momento desarrolló la doctrina, bajo el criterio del profesor Cea Egaña no es tal, señalando al respecto que *“trátese, por ende, de dos derechos distintos, aunque vinculados y complementarios, al extremo que el primero (libertad personal) carece de sentido práctico en ausencia o insuficiencia del segundo (seguridad individual). Ambos se conjugan con cualidad esencial, de modo que poco o nada sirve la proclamación de la libertad individual sin la seguridad personal (sic), ni ésta tiene objeto cuando no cabe gozar de aquella”*³⁹

La libertad personal para el profesor Nogueira Alcalá, *“es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la*

³⁹CEA EGAÑA, José. “Derecho Constitucional Chileno”, Santiago, Ediciones UC, 2ª edición, t. II, (2012), p. 257.

*propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional*⁴⁰.

Por su parte, la seguridad individual *"dice relación con el conjunto de acciones y recursos, deberes y prohibiciones destinados a que la persona natural, titular del derecho a la libertad de movilización, pueda ejercerlo realmente, sin temores de ser ilegítimamente amenazada, impedida o perturbada de hacerlo y que, si ocurren hechos que vulneran ese atributo, pueda obtener su pronto remedio y sanción, sea obrando ex ante o ex post"*⁴¹.

Por su parte, la "seguridad individual" es una garantía o protección de la libertad individual, en cuanto a que no existan limitaciones ilegales o arbitrarias a dicho derecho que, en los hechos, lo anulen. Esta garantía se expresa en la letra b) del número 7 del artículo 19, que dispone "nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes". Al respecto, Roldán señala que esta garantía consiste en que no se privará a determinada persona de su libertad en la medida que no exista un motivo legal para ello. Esta garantía protege, por ejemplo, de los abusos de poder.

⁴⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Óp. Cit., p. 162.

⁴¹ CEA EGAÑA, José, Óp. Cit., p. 258.

II. CAPITULO.

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO RESTRICCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL

II.1. Privación de libertad: El estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos garantizados.

En el siguiente apartado, analizaremos las hipótesis en las que procede la privación de libertad como restricción a dicho derecho fundamental y junto a ello, trataremos las garantías que deben ser en todo momento respetadas en el marco de un proceso penal. Esta argumentación se respalda en opiniones consultivas y fallos emanados de la Corte IDH.

II.1.1. Hipótesis en las que procede la restricción de libertad de un individuo.

El artículo 7º, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que:

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

Este articulado es claro, al exigir que las causales por las que procede la privación de libertad de un individuo, deben encontrarse previamente establecidas en la ley. Ello implica que la forma y contexto bajo el cual se establecen las referidas causales, son modeladas por cada Estado dentro de sus cuerpos normativos. Con

todo, dicha facultad no es totalmente libre, sino que debe siempre reconocer como límite a su imposición, la ausencia de arbitrariedad.

La Corte IDH en su línea interpretativa, se ha remitido únicamente a reiterar la exigencia del doble aspecto a que debe someterse el examen de legalidad al momento de restringir o privar de libertad a alguien. El examen de legalidad a realizar, debe ser analizado desde un aspecto formal y otro material. El formal, dice relación con la tipificación de la conducta, caso o circunstancia dentro de la ley, mientras que el material examina que la restricción o privación de la libertad personal se realice conforme a los procedimientos que previa y objetivamente ha definido el legislador⁴².

II.1.2. Requisitos de carácter procedimental que se deben cumplir al momento de efectuar el arresto.

El artículo 7º de la CADH, señala las exigencias que se deben cumplir para llevar a cabo en una detención o retención⁴³ en contra de una persona dentro de un determinado proceso penal, las que se encuentran concentradas principalmente en los numerales 4, 5 y 6 al indicar que:

“4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio

⁴² Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

⁴³ Establecemos la distinción entre ambos términos, debido a la diversidad de expresiones que esta medida ha adoptado dentro de la región, sin embargo, pareciera que la expresión “retención” intentaría extender el ámbito de protección a todas aquellas formas de intromisión a la libertad física de un ser humano.

6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.*

Podemos apreciar detrás de estas normas que existe un objetivo claro, el cual es proteger a las personas de un arresto que pueda ser ilegal o arbitrario.

Sobre estas garantías, la Corte realiza un importante avance definiendo su contenido esencial, al indicar dos diligencias de carácter insustituible, a saber: “... i) *la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos*”⁴⁴, las cuales serán tratadas a continuación.

II.1.2.1. Derecho a ser informado de las razones de la detención.

La Corte IDH, a partir del caso “*Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*”, comenzó ha desarrollar una suerte de garantía o presupuesto para el ejercicio efectivo posterior del derecho de defensa, al señalar que: “... *el artículo 7.4 de la Convención contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido, por lo que este último y quienes ejercen representación o custodia legal del mismo tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención cuando ésta se produce y de los derechos del detenido*”⁴⁵.

⁴⁴ CORTE IDH. Caso “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. párr. 106.

⁴⁵ CORTE IDH. Caso “*Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*”. Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 92. Mismo sentido: Caso “*Tibi Vs. Ecuador*”. Fondo, Reparaciones y

Se ha señalado por la Corte IDH, que tal información debe ser proporcionada de inmediato, ya que de esta forma, favorece la reacción y defensa a seguir, con la finalidad de cautelar garantías fundamentales, ante el actuar del agente estatal. La Corte ha indicado que el derecho a ser informado *“consiste en una explicación razonable del por qué de la acción, la cual debe contener una descripción somera de los hechos que se invocan como causal para el arresto”*⁴⁶.

Con el objeto de clarificar el contenido mínimo de tal derecho, en el caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”*, la Corte IDH lo delimita y declara: *“la información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal”*⁴⁷.

Por tanto; esta exigencia será cumplida cuando se indique:

- i) Que se está efectivamente deteniendo a una persona;
- ii) La explicación de las razones de hecho de la detención; y
- iii) Los fundamentos de derecho estimados como base para imponer tal medida.

Dicho fallo, es considerado un significativo avance en el respeto de las garantías contenidas dentro del art. 7.4 de la CADH, ya que delimita y eleva con total claridad, el estándar de conducta hasta ese entonces exigido al agente estatal. Junto a ello requiere, *ex ante*, una fundamentación jurídica tras la imposición de la medida.

Sumado a estas exigencias, en caso de que la detención recaiga en extranjeros, sordos mudos, niños o cualquier persona que presente problemas para

Costas, 7 de septiembre de 2004. párr. 109; Caso *“Usón Ramírez vs. Venezuela”*. 20 de noviembre de 2009, párr. 147; Caso *“Cabrera García y Montiel Flores vs. México”*, Óp. Cit., párr. 105.

⁴⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. p. 228.

⁴⁷ CORTE IDH. Caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 67.

comunicarse con el funcionario encargado de efectuar la detención, dicha información deberá ser entregada a la brevedad en su lengua o de la forma más idónea para su cabal comprensión.

Al respecto, la Corte ha señalado que: *“tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma que se utiliza debe ser uno que la persona comprenda. Del mismo modo, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. Es necesario que la niña o el niño tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer [...].los Estados deben garantizar que toda niña o niño sujeto a un proceso del que derive una eventual injerencia a su derecho a la libertad personal sea asistido por un traductor o intérprete, en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor”⁴⁸.*

La Corte, plantea que *“los ‘motivos y razones’ de la detención debe(n) darse ‘cuando ésta se produce’, lo cual ‘constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo’. Adicionalmente, el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la Convención”⁴⁹.*

Lo declarado en este fallo es extremadamente relevante, debido a que reconoce con claridad el recurso del habeas corpus como uno de los mecanismos idóneos para *cautelar*, es decir, restablecer lo más pronto posible el imperio del derecho, ante una detención o arresto con infracción a lo contenido en la Constitución o las leyes del respectivo país.

⁴⁸ Opinión Consultiva. *“Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*. OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, párrafo 197.

⁴⁹ CORTE IDH. Caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador”*. Op. Cit., párr. 70; Mismo sentido: Caso *“Yvon Neptune Vs. Haití”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180; párr. 105.

Situación de flagrancia: La Corte IDH, también se ha manifestado respecto a la situación de flagrancia⁵⁰ como caso particular, reconociendo expresamente que esta circunstancia no constituye una excepción para el agente estatal, por lo que se mantiene su obligación de indicar los motivos y razones de la detención, aunque ésta no haya emanado de una decisión judicial, al señalar que: *“El derecho de la persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, de los cargos formulados en su contra está consagrado en el artículo 7.4 de la Convención Americana, que no distingue entre la detención efectuada por orden judicial y la que se practica infraganti. Por ello se puede concluir que el arrestado en flagrante delito conserva aquel derecho. Tomando en cuenta que esa información permite el adecuado derecho de defensa, es posible sostener que la obligación de informar a la persona sobre los motivos y las razones de su detención y acerca de sus derechos no admite excepciones y debe ser observado independientemente de la forma en que ocurra la detención”*⁵¹.

En este caso, nuevamente la Corte vuelve a basarse en la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa, como premisa básica de la exigibilidad normativa de esta conducta.

II.1.2.2. Derecho a ser notificado, de los cargos, sin demora. (Artículo 7.4 de la CADH)

El contenido de la notificación exige la descripción de los cargos legales que se imputan y que a su vez, fueron ocupados como fundamento de la detención, hecho que

⁵⁰ Uno de los temas más controvertidos que se han planteado desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal chilena.

⁵¹ CORTE IDH, Caso “López Álvarez Vs. Honduras”. Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 83.

lo habilitará para poder objetar eventualmente dicha medida, es decir, impugnar la posible arbitrariedad o ilegalidad de la misma⁵².

Respecto de este tema, la Corte nunca ha definido el alcance de la expresión “sin demora”, pero ha dado algunas directrices acerca de su contenido, al reconocer la infracción a este derecho en casos de desapariciones forzadas de personas y ejecuciones sumarias, debido al hecho que el detenido nunca haya sido puesto a disposición de la autoridad judicial competente, impidiendo la posibilidad de impugnar la legalidad de la medida.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es quien da señales de lo que se debe entender por “demora tolerable” o “sin demora”, indicando que: “[es] aquella necesaria para preparar el traslado del detenido”, entendiendo que se debe llevar a la persona privada de libertad ante un juez, para que analice si se dio cumplimiento a los requisitos indispensables de tal medida.

En jurisprudencia de la Corte, se advierte un importante avance al realizar un reconocimiento del derecho a ser notificado sin demora de los cargos, como garantía de eficacia del derecho contemplado en el artículo. 8.2 letra b) de la CADH⁵³, siendo un necesario complemento para el derecho al debido proceso de ley y sus fines. La Corte señala que el referido numeral: *“ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado de la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Más aún, la Corte estima que se debe tomar en*

⁵² En reiteradas oportunidades la Corte se ha pronunciado en tal sentido, podemos señalar: Caso “*Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*”, Óp. Cit., párr. 96; Caso “*Tibi Vs. Ecuador*”, Óp. Cit., párr. 115, por mencionar algunos.

⁵³ Artículo 8.2 de la CADH: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”.*

*particular consideración la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen, como en este caso, el derecho a la libertad personal*⁵⁴.

La Corte hace mención a otro importante requerimiento sobre este tema, al pronunciarse en la especial relevancia que reviste esta obligación cuando existen niños cuya libertad pueda verse restringida o privada. En este sentido, la Corte es enfática en exigir un estándar de conducta más estricto y del todo diligente, obligando a que dicha notificación sea practicada de inmediato, además de procurar su efectiva realización, en atención a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra el menor. Indicándonos que: *“el derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trata de detenciones de menores de edad. Esta notificación debe ser llevada a cabo inmediatamente por la autoridad que practica la detención y, cuando se trate de menores de edad, deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación*⁵⁵.

II.1.2.3. Derecho a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.

La intervención de un juez o funcionario autorizado por la ley para desempeñar funciones judiciales, constituye el único mecanismo idóneo para asegurar legalidad de una detención. En caso de que el funcionario no revista la calidad de juez, deberá necesariamente ser funcionario que ostente un cargo del cual goce de independencia de otros órganos del Estado, toda vez que el principio de la separación de poderes, es una de las mínimas garantías con la que deben contar los Estados democráticos para una efectiva protección y respeto a los derechos fundamentales de las personas. Ante ello, la Corte IDH ha sostenido de manera continua y uniforme en el tiempo que no debe ser cualquier autoridad que desempeñe funciones judiciales, quien examine la legalidad y no arbitrariedad de una detención, sino que sólo está autorizado para la

⁵⁴ CORTE IDH. Caso “*Palamara Iribarne Vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; párr. 225.

⁵⁵ CORTE IDH, Caso “*Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*”. Óp. Cit., párr. 93.

realización de dicho examen, aquel funcionario que no viole el principio del juez natural.

A partir del caso “*Tibi vs Ecuador*”, la Corte comenzó a definir el estándar de conducta que se debía seguir al momento de llevar al detenido ante el juez o funcionario competente y autorizado por ley para ejercer funciones judiciales, exigiendo respecto de aquel, su comparecencia personal. Con ello, se establece un mecanismo de garantía, que se ajusta a los principios procesales de la intermediación y del control judicial, además de servir para la tutela de otros derechos que eventualmente puedan verse vulnerados. En palabras de la Corte: “*los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente*”⁵⁶.

Respecto a la expresión “sin demora”, podemos afirmar que existe un avance en este tema, pero la Corte no había sido totalmente clara definiendo los alcances de esta expresión, en donde pareciera que tiende a identificar “sin demora” con el concepto de control judicial inmediato, como lo ha hecho en otras ocasiones. Su significancia es relevante, debido a que se hace prácticamente imposible su aplicabilidad bajo tal supuesto, como ya lo consignara la profesora Cecilia Medina. Esta apreciación se advierte a partir de consideraciones como “*quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o (ser) puesto inmediatamente a disposición de un juez*”⁵⁷.

⁵⁶ CORTE IDH, Caso “Tibi Vs. Ecuador”. Óp. Cit., párr. 118. Mismo sentido: Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de junio de 2005, párr. 78; Caso “Palamara Vs. Chile, Óp. Cit., párr. 221; Caso “López Álvarez Vs. Honduras”, Óp. Cit., párr. 87.

⁵⁷ CORTE IDH, Caso “Tibi Vs. Ecuador”, Óp. Cit., párr. 115.

Con posterioridad, la Corte irá diferenciando e identificando los objetivos últimos que existen en la conducción sin demora del detenido ante un juez y la posición de garante de derechos fundamentales que tiene este último, al señalar: *“para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. Como ya se dijo, el juez es garante de los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme el principio de presunción de inocencia”*⁵⁸.

En caso de que la detención se realice respecto de un extranjero, la Corte ya ha indicado que *“esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. Asimismo, esta Corte ya ha señalado que para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria”*⁵⁹.

En caso de estar frente a un Estado de excepción constitucional, donde se hace especialmente difícil la protección de los derechos fundamentales de las personas, la Corte es enfática al señalar que, aún cuando puedan establecerse limitaciones al

⁵⁸: CORTE IDH, Caso *“personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. párr. 156

⁵⁹ Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párr. 174

derecho a la libertad personal, siempre y sin posibilidad alguna de modificación, deberá cumplirse con esta garantía. Para ello, el Estado debe contemplar legislación pertinente que fije el derecho y las condiciones del detenido para ser puesto a disposición de la autoridad judicial. Lo anterior, habida consideración de que: *“tiene(n) como fin evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, se ven además reforzadas por la condición de garante del Estado, en virtud de la cual, como ya lo ha señalado anteriormente la Corte, “tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido”*⁶⁰.

Como ya se señaló anteriormente, aquí se reconoce de forma manifiesta el rol de garante que asiste al Estado en la materia, y las obligaciones que ello involucra, así como otras implicancias asociadas.

Situación de flagrancia: La persona, desde el momento en que es detenida al cometer un determinado delito, se encuentra, por regla general privada de libertad, por lo que el derecho de defensa puede verse especialmente mermado⁶¹. A partir del caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”*, se establece otro precedente en cuanto a las obligaciones que se imponen al juez en su actuar para el efectivo cumplimiento del artículo 7.5 de la CADH, precisando una nueva obligación para éste, la cual consiste en: *“oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”*⁶².

En el caso *“Palamara vs. Chile”*, la Corte tuvo la posibilidad de determinar el contenido de esta garantía, refiriéndose a los individuos y materias que pueden o no ser sometidos a la competencia de la jurisdicción militar. Indica que *“un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, debe(n) satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención, así como*

⁶⁰ CORTE IDH, Caso *“Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”*, Óp. Cit., párr. 98.

⁶¹ En dicho sentido: CORTE IDH, Caso *“López Álvarez Vs. Honduras”*, Óp. Cit., párr. 88.

⁶² CORTE IDH, Caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007, párr. 85.

ha indicado que los civiles deben ser juzgados en fuero ordinario⁶³. Luego de este razonamiento, queda en evidencia la falta de justificación que mantiene actualmente la existencia de tribunales militares en tiempo de paz, toda vez que cualquier civil debe ser siempre juzgado por la justicia ordinaria.

El hecho de que en nuestro país exista jurisdicción militar, es una situación que ha sido duramente criticada, tanto por organizaciones de Derechos Humanos como por observadores de la materia e inclusive por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de los hechos acontecidos por las protestas del movimiento estudiantil. Este hecho vulnera garantías básicas del derecho al debido proceso, tales como los principios de independencia e imparcialidad, la garantía del juez natural, así como también aquellos aspectos mínimos del derecho a defensa y la publicidad de los procedimientos.

II.1.2.4. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad.

El estado natural de un individuo es en libertad, por lo que la privación o restricción de esta, sólo podrá verificarse en los casos y circunstancias expresamente previstos en la ley. La exigencia de un plazo razonable para juzgar a una persona dentro de un determinado proceso penal, reside precisamente en la excepcionalidad de esta medida que afecta sus derechos fundamentales.

Para el análisis de este derecho, seguiremos el esquema utilizado por la profesora Medina Quiroga, en su texto *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”*⁶⁴, quien identifica tres puntos relevantes a tratar para el desarrollo de esta materia:

⁶³ CORTE IDH, Caso *“Palamara Vs. Chile”*, Óp. Cit., párr. 222.

⁶⁴ El libro de autoría de la profesora Cecilia Medina, titulado: *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”*, ya citado dentro de esta memoria, fue utilizado como material base de este apartado.

- i) Las razones para mantener una detención;*
- ii) Qué se entiende por plazo razonable; y*
- iii) Inicio y término del período a considerar, para los efectos de aplicar el artículo 7.5.*

A continuación revisaremos cada punto en mayor detalle:

- i) Las razones para mantener una detención.*

La Corte IDH mantiene su postura indicando que los motivos que admiten la extensión en el tiempo de una detención, deben ser de orden eminentemente procesal. Ejemplos de ellos, son el peligro de no comparecencia o la posibilidad de evasión de un procedimiento judicial.

Si bien La Corte no ha señalado claramente el carácter que debe revestir dicho “peligro”, sí se ha referido a esta expresión la doctrina procesal penal, tanto nacional, como comparada, entendiendo que debe ser un *peligro de carácter real o concreto y no abstracto*. Si se adoptase este último criterio, se volvería a caer en el sistema inquisitivo, que imponía estas medidas como regla general, aplicándolas como verdaderos sustitutos de la pena, lo que trae como consecuencia sancionar *per se* y anticipadamente, la conducta punible del agente.

Desde una perspectiva aproximada, la Corte ha dado luces de concordancia con la primera postura, la cual ha sido tratada, precisamente, a propósito de la prisión preventiva, como medida cautelar personal, señalando que: *“del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto*

*desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena*⁶⁵.

Esta jurisprudencia ha sido destacada por su gran avance a nivel regional, ya que a diferencia de lo sentenciado por otros tribunales, como la Corte Europea de Derechos Humanos que se ha referido a esta materia, la Corte Interamericana no ha cedido respecto a las incidencias/ consideraciones de política criminal provenientes de la doctrina de la seguridad ciudadana, movidas por la necesidad de prevenir el crimen y la preservación del orden público, lo que en definitiva, permite no desvirtuar el real alcance que inspiró esta norma, enfocada en causales de carácter netamente procesal.

ii). La noción de plazo razonable.

De acuerdo a lo desarrollado por la profesora Medina, la Convención Americana de Derechos Humanos no se ha referido respecto a qué debe entenderse por “plazo razonable”. Esta omisión es subsanada por las legislaciones nacionales, quienes establecen plazos máximos en la imposición de medidas restrictivas o privativas de libertad personal. Por ello, es que en países como Chile, se encuentra especialmente regulada la revisión acerca de la imposición o extensión de esta medida⁶⁶, la cual se realiza al menos cada 6 meses.

La Corte de Apelaciones de La Serena, indica que no determina tiempo ni extensión del referido plazo, pero indica que los parámetros para examinar la forma de practicar y medir la razonabilidad del mismo, es una prerrogativa que reside en el órgano estatal. De esta forma entrega al Estado el peso y deber de revisar constantemente si el sacrificio que se impuso, restringiendo el derecho a la libertad personal, es una medida proporcional respecto al hecho que se le está investigando,

⁶⁵ CORTE IDH, Caso “López Álvarez Vs. Honduras”, Óp. Cit., párr. 69.

⁶⁶ Artículo 145 del Código Procesal Penal: “*Substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio. En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá substituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6º de este Título.*”

Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación”.

todo ello conforme a lo que razonablemente se puede esperar de una persona amparada por el principio de presunción de inocencia⁶⁷.

Concordando lo anterior, se señala que: *“el artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad”*⁶⁸.

Se manifiesta que el examen de razonabilidad está marcado por la disposición que debe tener el Estado de imponer medidas que tiendan a ser menos lesivas que el encarcelamiento mismo. Junto a ello, impone el deber de conducta del aparato estatal, al cual solicita mayor diligencia y celeridad respecto de aquellos procedimientos en que se haya tomado la medida de restringir el derecho a la libertad personal.

La Corte IDH, hasta antes del caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, hacía sinónimos ambos términos, identificándolos con el mismo fin, que consistía en impedir que el detenido permaneciera privado de libertad durante todo el juicio, y de esta forma aseguraba la resolución sobre este último prontamente (o sea, el plazo para la sustanciación del proceso).

Con tal interpretación, se omitía completamente la debida justificación de la inclusión del “*plazo razonable*” dentro del artículo séptimo, el cual está destinado a establecer única y exclusivamente un límite a la duración del período de la medida

⁶⁷ CORTE APELACIONES LA SERENA Sentencia, 17 febrero 2004, Rol N° 17-2004, cons.10°.

⁶⁸ CORTE IDH. Caso “*Bayarri vs. Argentina*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de octubre de 2008, párr. 70.

cautelar y no del juicio en sí mismo. Se debe tener presente, que ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados.

Este tema es tratado a propósito de la prisión preventiva, indicando que: *“el artículo 7.5 de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona”*⁶⁹.

Destacamos las palabras expuestas por el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado, a propósito de la razonabilidad del plazo de duración de una detención, quien señala: *“para satisfacer el derecho a la justicia no puede verse condicionado por la técnica propia de cada sistema procesal, de manera tal que cada uno arroje conclusiones diferentes, que pudieran ser engañosas, acerca de la eficaz observancia de un mismo derecho. Tras el tecnicismo se ocultaría la inequidad. De lo que se trata es de que exista un buen despacho --diligente, razonable, adecuado, pertinente, sin ignorar el peso de las circunstancias-- por parte de las autoridades del Estado que concurren, conforme al sistema procesal adoptado por éste, al cumplimiento de los actos que llevan a la solución de la controversia”*⁷⁰.

Puede que surjan reparos respecto a lo expuesto por el magistrado en este párrafo (ya que vuelve la idea respecto a identificar el art. 7.5 con el 8.1), llamando la atención principalmente el prisma desde el cual efectúa dicho razonamiento, al volcar la totalidad del deber de acción sobre el aparato estatal, dejando en evidencia la

⁶⁹ CORTE IDH, Caso *“Barreto Leiva vs. Venezuela”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de noviembre de 2009, párr. 119.

⁷⁰ CORTE IDH. Caso *“Masacres de Ituango Vs. Colombia”*. 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, Voto Razonado Juez García Ramírez, párr. 33.

reacción de este frente a la imposición de tales medidas, con independencia absoluta de las consideraciones que en el derecho interno de cada país, puedan adoptarse.

Siguiendo a la Profesora Cecilia Medina, consideramos que existen cuatro tópicos especialmente relevantes que se deben tener en cuenta al momento de manifestarse acerca de la noción de plazo razonable, estos son:

“1) La interpretación que se debe dar al art. 7.5 debe tener un contenido diferente de la que se pueda dar al 8.1 de la CADH”⁷¹;

“2) el contenido diferente proviene precisamente de que el art. 7.5 protege la libertad personal, mientras que el 8.1 protege la noción de debido proceso legal, por lo que el primero debe decir relación con la duración del período de detención, mientras que el segundo debiese concentrarse en la duración del período del juicio, sea que haya o no personas sometidas a detención”⁷²;

“3) la necesidad de un contenido propio implica que el derecho del art. 7.5 no puede equivaler a establecer que la persona debe ser puesta en libertad cuando han cesado las razones para mantenerla detenida”⁷³ y,

“4) el plazo razonable no puede determinarse en abstracto, sino que caso a caso, atendidas las circunstancias de cada uno de ellos, según criterios que la corte vaya estableciendo para su determinación”⁷⁴.

iii) Inicio y término del período a considerar para los efectos de aplicar el artículo 7.5.

Inicio: Se cuenta desde que el individuo efectivamente es privado de libertad. El Juez García Ramírez es más específico señalando que el momento de inicio del plazo a computar, deberá corresponder al primer acto en donde intervenga el poder público, esto es: *“el primer acto de autoridad que afecta derechos del sujeto, constituye el punto*

⁷¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Óp. Cit., p. 243.

⁷² *Ibid.*, p. 244.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

de referencia para estimar el plazo razonable, medir su duración, cotejarla con las condiciones del asunto y la razonable diligencia del Estado y apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la garantía judicial de plazo razonable. En este sentido se ha pronunciado últimamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Basta, pues, con que exista esa afectación del individuo para que se ponga en alerta la valoración sobre el plazo razonable, aunque la afectación no se presente, técnicamente, dentro del “proceso” penal, sino dentro de un “procedimiento” penal. Para los efectos de la tutela de los derechos humanos, la distinción entre esos supuestos no posee relevancia decisiva: en ambos, en efecto, se afecta la libertad del individuo a través de vinculaciones que implican injerencia en su esfera de libre determinación”⁷⁵.

Término: El debate tanto doctrinario como jurisprudencial, se ha enfocado en la determinación acerca del *término del período de detención*. La Corte no se había pronunciado expresamente sobre esta materia, pero con posterioridad, asume una conducta activar e intentar elaborar criterios para su determinación, señalando que: *“...debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”⁷⁶.*

La Corte intenta aclarar esta interrogante estableciendo dos términos intrínsecamente relacionados, cuáles serían:

- La noción de plazo razonable (tratada con anterioridad); y
- Necesidad de vigencia de la causal que se invocó para imponer la medida restrictiva o privativa de libertad.

⁷⁵ CORTE IDH, Caso “*Masacres de Ituango vs. Colombia*”, voto razonado Juez García Ramírez. Op. Cit., párr. 35.

⁷⁶ CORTE IDH. Caso “*Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de septiembre de 2004, párr. 229.

II.1.3. Las Garantías Judiciales en la privación de libertad

La mayoría de los derechos consagrados en la Convención constituyen garantías sustantivas que no inciden en el derecho procesal propiamente tal. A todas las personas al momento de ser privadas de libertad, se les debe garantizar el acceso a la justicia y el derecho a un debido proceso legal. A causa de las barreras idiomáticas, la ignorancia en la legislación y en general todas las diferencias y obstáculos que puedan surgir por ser extranjero, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 8 de la CADH⁷⁷, tiene mayores dificultades para su integro cumplimiento en el caso de los inmigrantes.

Muy lúcida la Corte explica que *“para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de*

⁷⁷ Artículo 8 CADH: Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

*los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas*⁷⁸.

Es enfático el tribunal ante la necesidad de que aplique este articulado sin discriminación, brindando los medios y recursos que les permitan amparar sus derechos, indicando que: *“dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley*⁷⁹.

Estas garantías, también han de ser respetadas por los órganos administrativos que ejerzan funciones jurisdiccionales, lo que por ejemplo, es particularmente importante en el caso de las personas migrantes, ya que muchas veces son los órganos administrativos los encargados de decidir las sanciones migratorias. La Corte, se ha manifestado en estos términos indicando que *“la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En*

⁷⁸ Opinión Consultiva. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. OC-16/99. Decisión de 1 de octubre de 1999, párr. 119

⁷⁹ CORTE IDH. Caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 356

este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos.[...] Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda⁸⁰”.

A continuación trataremos las garantías de mayor relevancia en su aplicación respecto a Inmigrantes, por las características de este grupo especialmente vulnerable, los que al estar inmersos en un procedimiento, deberán superar barreras culturales e idiomáticas.

⁸⁰ CORTE IDH. Caso “Vélez Loo vs. Panamá”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. párr. 108 y 142.

II.1.3.1. Derecho a la defensa técnica

Siempre es importante la defensa técnica, pero puede llegar a ser trascendental en el caso de los migrantes.

En los casos que el detenido es una persona extranjera, que puede desconocer el idioma e ignorar completamente el sistema legal del país, la asistencia técnica es trascendental para defender la agravada situación de vulnerabilidad del migrante que esta privado de libertad.

Frente a estas circunstancias, se requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Ante ello, La Corte estima que: *“la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”⁸¹.*

II.1.3.2. Acceso efectivo a la asistencia consular

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Respecto a esta garantía la Corte declaró que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular, “es un

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 132. Mismo sentido: Caso “*Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*”, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012.

*derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano*⁸².

Este derecho contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que intervenga, por ejemplo a los correspondientes a diligencias de policía, se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

El cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad. Por ello, la asistencia consular para el migrante es un medio esencial para su defensa, que repercute en los resultados del juicio y en ocasiones de forma decisiva.

II.2. Falta de justificación de la privación de libertad.

Respecto a la privación de la libertad personal, la Corte IDH ha desarrollado los requisitos que se deben satisfacer para que la restricción a este derecho sea legítima. Dentro de ellos, ha señalado la necesidad de que se controle la legalidad de la detención por una autoridad judicial competente, así como los méritos de la misma con el fin de evitar la arbitrariedad en la detención al ser una de las medidas de mayor afectación a los derechos fundamentales de cualquier persona. Es por ello, que debe ser estricta y ampliamente regulada, verificando que en todo momento se cumpla lo señalado en la ley con miras a la protección del individuo. En caso que ello no sea así, la privación de libertad puede devenir en ilegal, o bien, en arbitraria.

⁸² CORTE IDH. Caso “Vélez Loo vs. Panamá”. Óp. Cit., párr. 151.

II.2.1. Privación ilegal de libertad.

Para cada Estado existe la imperiosa necesidad de crear leyes que regulen todos los aspectos relacionados con la privación de la libertad personal. Esta regulación debe abarcar las causales que habilitan su imposición como medida, el procedimiento y los estándares bajo los cuales debe regirse. Esto es lo que define la legalidad tras la imposición de esta medida.

La Corte ha adherido a la interpretación que reconoce el doble aspecto que debe envolver al criterio de la legalidad: su aspecto material y formal. Ejemplo de ello: *“Con respecto a la garantía específica consagrada en los artículos 7.2 de la Convención y XXV de la Declaración, la Corte reitera que cualquier restricción o privación de la libertad debe respetar el principio de legalidad y, por consiguiente, ajustarse a las causas (aspecto material) y a los procedimientos (aspecto formal) establecidos de antemano en la legislación interna. Así, este Tribunal ha previamente establecido que la limitación de la libertad física, así sea por un período breve, inclusive aquellas con meros fines de identificación, debe “ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención”*⁸³

A continuación se explicará con mayor detalle:

i) Aspecto Material: Quiere decir que nadie puede verse privado de su libertad, sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley.

Respecto a este aspecto La Corte ha señalado que: *“la falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la*

⁸³ CORTE IDH. Caso *“Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana”*. Óp. Cit., párr. 126. Misma cita en: Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014. Párr.191

restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad”⁸⁴.

ii) Aspecto Formal: Consiste en que la privación de libertad sólo se podrá efectuar con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por el legislador.⁸⁵ Entendiéndose que es la normativa interna de cada Estado la que define estos procedimientos, de la misma forma deben encontrarse debidamente ajustados al estándar impuesto por el art. 7 de la Convención.

Por su parte, el órgano competente para decidir acerca de la legalidad de una medida restrictiva o privativa de la libertad personal, son los tribunales de justicia, sin perjuicio de la facultad con la que goza el órgano internacional para manifestarse respecto a que una determinada detención no se ajustó a la regulación de dicho Estado donde tuvo lugar, en el caso violaciones individuales o masivas y sistemáticas.

Los órganos jurisdiccionales son garantes del cumplimiento de las leyes y el respeto a los derechos humanos de sus afectados. Su intervención tiene mayor justificación aún, cuando se enfrentan a legislaciones que otorgan a autoridades administrativas facultades que permiten restringir esta clase de derechos. En este tipo de circunstancias, La Corte es enfática en exigir e incrementar el estándar de conducta debido, observando el estricto cumplimiento de los requisitos de legalidad y no

⁸⁴ CORTE IDH. “Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2004. Serie C, Nº 111, párr.125.

⁸⁵ En este sentido se han pronunciado, desde el año 2004 en adelante: CORTE IDH, Caso “Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Óp. Cit., párr. 83; Caso “Tibi Vs. Ecuador”, Óp. Cit., párr. 98; Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, Óp. Cit., párr. 57; Caso “Palamara Iribarne Vs. Chile”, Óp. Cit., párr. 196; Caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, Óp. Cit., párr. 105; Caso “Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 57; Caso “Chitay Nech y otros Vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 90.

arbitrariedad en la imposición de estas medidas. Señala que: *“Además de atender a los requisitos de estricta proporcionalidad en la restricción de un derecho, debe(n) responder, a su vez, a criterios estrictos de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, teniendo en cuenta, como ha sido señalado (supra párrs. 86 y 87), que el régimen propio de las fuerzas militares al cual difícilmente pueden sustraerse sus miembros, no se concilia con las funciones propias de las autoridades civiles”*⁸⁶.

En su línea interpretativa, la Corte acertadamente establece un vínculo o nexo entre el principio de legalidad y el de tipicidad. Con esta estrecha relación, la conducta social y normativamente reprochable que faculta al juez para restringir la libertad personal de un individuo, que deberá estar previa y adecuadamente descrita en el tipo penal a aplicar. Es por ello que el control judicial inmediato, como medida destinada a cautelar la protección y respeto de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, tiene trascendental relevancia en esta etapa del proceso.

En términos prácticos, lo relevante es que se impone un requisito adicional, siendo este la indicación exacta de las causas y circunstancias bajo las cuales el individuo se encontrará privado de libertad. Así: *“la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana”*⁸⁷. La importancia de esta interpretación, radica en que por una parte delimita el ámbito de acción del Estado y por otra, al momento imponer esta clase de medidas, permite evitar arbitrariedades en relación a las circunstancias en las que pueda presentarse.

⁸⁶ CORTE IDH. Caso *“Cabrer García y Montiel Flores vs. México”*, Óp. Cit., párr. 89.

⁸⁷ CORTE IDH, Caso *“Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007, párr. 57. Mismo sentido: Caso *“Yvon Neptune vs. Haití”*, Óp. Cit., párr. 96; Caso *“Usón Ramírez Vs. Venezuela”*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 145.

Es por ello, que el control judicial inmediato, como medida destinada a cautelar la protección y respeto de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, tiene trascendental relevancia en esta etapa del proceso, ya que de no verificarse los presupuestos señalados, nos encontraríamos ante un caso de privación ilegal de libertad.

II.2.2. Privación arbitraria de libertad.

La ausencia de arbitrariedad, de acuerdo a lo desarrollado por la profesora Cecilia Medina, tiene por finalidad que nadie sea sometido a una detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aún pudiendo ser calificadas como legales, sean contrarias con el respeto a los derechos fundamentales de la persona, por ser irracionales, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. En este mismo sentido la Corte: “[...] en cuanto a la arbitrariedad de la detención a que se refiere el artículo 7.3 de la Convención, la Corte ha considerado que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”⁸⁸. Por lo tanto, cualquier detención debe llevarse a cabo no sólo de acuerdo a las disposiciones de derecho interno, sino que además es necesario que la “la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención”⁸⁹. Así, “no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que debe

⁸⁸ Corte IDH. Caso “Gangaram Panday Vs. Surinam”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47, y Corte IDH. Mismo sentido: Caso “Fleury y otros Vs. Haití”. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr.57.

⁸⁹ Corte IDH. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 91.

*interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad*⁹⁰.

El concepto de “ausencia de arbitrariedad” recién descrito, está íntimamente relacionado con los requisitos a que se debe someter toda restricción a los derechos humanos reconocidos en la Convención.

Para complementar la construcción del juicio de valor, La Corte introduce dos nuevos criterios, en base a los supuestos descritos en el párrafo precedente, cuales son:

*“Que la(s) medida(s) adoptada(s) (para restringir la libertad personal de un individuo) sea(n) la(s) idónea(s) para cumplir con el fin perseguido”*⁹¹.

*“Que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”*⁹².

Como podemos ver, los requisitos exigidos para que un acto estatal no sea arbitrario y aquellos requisitos que se deben tener en cuenta al momento de restringir derechos humanos, se encuentran estrechamente vinculados, ya que ambos *“responde(n) a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”*⁹³.

⁹⁰ CORTE IDH. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador”. Óp. Cit., párr. 92. Mismo sentido: Caso “Fleury y otros Vs. Haití”. Óp. Cit., párr. 58. Mismo sentido: Caso “Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”. Óp. Cit., párr.133

⁹¹ CORTE IDH. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”. Óp. Cit., párr. 93. Mismo sentido: CORTE IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, Óp. Cit., párr. 98.

⁹² CORTE IDH. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, Óp. Cit., Párr. 93.

⁹³ CORTE IDH. Caso “Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú”. Óp. Cit., párr. 85.

En resumen, al examen de ausencia de arbitrariedad, se le sumaron nuevos criterios de idoneidad y proporcionalidad, junto a exigencias de carácter axiológico, permitiendo imponer la norma en el caso concreto, de la forma mas adecuada posible, evitando la comisión de abusos.

II.2.3. El Recurso de Habeas Corpus.

El derecho a un recurso efectivo se contempla en el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Respecto a ello, la doctrina y jurisprudencia se han manifestado contestes a lo estipulado en el referido texto normativo, indicando que este derecho genérico se ve vulnerado en las siguientes situaciones:

a) Cuando no se encuentra contemplado dentro de la legislación de un determinado Estado, un recurso que permita revisar la legalidad de la detención o arresto de una persona en particular; o bien,

b) Cuando contemplándose dentro del texto legal, su existencia es meramente formal, puesto que en la práctica, no permite revisar con la debida diligencia esta materia, desatendiendo la naturaleza eminentemente cautelar de esta clase de acciones protectoras de derechos fundamentales, independiente de que la detención o el arresto resultaren procedentes.

El denominado recurso de “habeas corpus”, su elemento central es reconocido expresamente por la CADH, señalando: *“en los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido”*⁹⁴.

⁹⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Artículo 7.6. [en línea]: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>> [consulta: 10 de junio de 2016].

Dentro del sistema de protección de derechos humanos, este recurso es considerado uno de los mecanismos más eficaces para la protección de los derechos reconocidos por la CADH sin limitarse al solo resguardo de la libertad personal de un individuo detenido. Resguarda también el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) y la integridad personal (artículo 5 de la CADH), por mencionar algunos.

La Corte se ha pronunciado señalando que: *“ el artículo 7.6 posee un contenido jurídico propio, al contemplar específicamente el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención, también denominado hábeas corpus, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad”*⁹⁵ .

Dentro de las características más trascendentales es que este recurso consiste que aun cuando en Estados de excepción pueden suspenderse las garantías contempladas dentro del artículo 7 de la CADH, esta suspensión no podrá hacerse extensivo al habeas corpus, el cual no admite limitaciones de ninguna categoría.

La Corte se ha manifestado indicando que *“los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”*⁹⁶ .

Hace más de dos décadas La Corte se ha pronunciado en este sentido señalando: *“aún respecto de la libertad personal, cuya suspensión temporal es posible en circunstancias excepcionales, el hábeas corpus permitirá al juez comprobar si la orden de arresto se apoya en un criterio de razonabilidad, tal como la jurisprudencia de tribunales nacionales de ciertos países que se han encontrado en estado de sitio han*

⁹⁵ Opinión Consultiva OC-21/14. Óp. Cit., párr. 176.

⁹⁶ CORTE IDH, Caso *“Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”*, Óp. Cit., párr. 97. Mismo sentido: Caso *“Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 79; Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25 de noviembre de 2005, párr. 112; Caso *“López Álvarez Vs. Honduras”*, Óp. Cit., párr. 92; Caso *“La Cantuta Vs. Perú”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 111.

llegado a exigirlo. Sostener lo contrario, esto es que el Poder Ejecutivo no se encontraría obligado a fundamentar una detención o a prolongar ésta indefinidamente durante situaciones de emergencia, sin someter al detenido a la autoridad de un juez que pueda conocer de los recursos que reconocen los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención importaría, en concepto de la Comisión, atribuirle al Poder Ejecutivo las funciones específicas del Poder Judicial, con lo cual se estaría conspirando contra la separación de los poderes públicos que es una de las características básicas del estado de derecho y de los sistemas democráticos”⁹⁷. El carácter insuspendible de este recurso, tiene como fundamento velar por la integridad personal, es decir, por la vida del sujeto detenido o arrestado, exigiendo que sea llevado ante la presencia de la autoridad judicial competente y sin demora.

Debido a la íntima relación con lo recién planteado, es importante reparar en la interpretación y requisitos que introduce La Corte cuando analiza la forma en que debe llevarse adelante por el Estado un proceso iniciado por la interposición del recurso de habeas corpus, vinculándolo con la obligación de garantizar los derechos reconocidos por la CADH, contemplada en el artículo 1.1. Para que la interposición de este recurso resulte eficaz, La Corte señala que es deber del juez canalizarlo de manera diligente, para así evitar omisiones y dilaciones indebidas con la finalidad de dar pleno cumplimiento con los estándares mínimos de acceso a la justicia y debido proceso legal.

La Corte indica: *“no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana,*

⁹⁷ Opinión Consultiva. “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 12.

*sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención*⁹⁸.

Con ello, lo que se busca principalmente, es aminorar el estado de indefensión en que se encuentra una persona privada de libertad, brindando la debida protección judicial que en su calidad de sujeto de derechos le corresponde. En armonía La Corte ha señalado: *“la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales*⁹⁹.

De acuerdo a lo desarrollado en su texto por la profesora Cecilia Medina, indica que conforme a lo escrito en el art. 7.6. de la CADH, los requerimientos propios del recurso de habeas corpus son:

a) *Posibilidad de ejercerse a intervalos razonables.* Atendido a que deben persistir las circunstancias que autorizan o permiten su interposición;

b) No debe exceder de un *plazo razonable*. Ello debido a la naturaleza cautelar de esta acción;

c) Debe ser ejercido *sin demora*.

d) Debe ser *idóneo*. La existencia formal de este recurso no es suficiente. Su aplicación ha de ser eficaz, resguardando a la persona respecto a su condición de vulnerabilidad.

La Corte en distintos fallos va reconociendo las obligaciones que deben observar los Estados una vez iniciada la acción, ello definirá su estándar de conducta.

⁹⁸ CORTE IDH. Caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*”, Óp. Cit., párr. 133; Caso “*Vélez Lóor vs. Panamá*”, Óp. Cit., párr. 129.

⁹⁹ CORTE IDH, Caso “*García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2005, párr. 113.

Deber de proporcionar información: Para un debido proceso y la acertada resolución del recurso habeas corpus es necesario que se de cumplimiento a esta imposición, la cual no se puede eludir. La Corte ha señalado que: *“en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito”*¹⁰⁰; y,

Necesidad de que se traten todos los aspectos de fondo del recurso: La Corte indica: *“el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a una mera formalidad, sino debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”*¹⁰¹.

II.3. Privación de libertad y grupos vulnerables.

Como hemos venido señalando, la privación o restricción del derecho a la libertad personal respecto de un ser humano resulta especialmente intrusiva, por cuanto supone afectar la libertad ambulatoria del mismo. Sin embargo, esta situación se torna especialmente gravosa tratándose de grupos vulnerables. Para ahondar en esta materia, partiremos por definir dicho concepto.

¹⁰⁰ CORTE IDH, Caso “La Cantuta Vs. Perú”, Óp. Cit., párr. 111.

¹⁰¹ CORTE IDH, Caso “López Álvarez Vs. Honduras”. Óp. Cit., párr. 96.

Son grupos vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos fundamentales básicos. Esa disminución de capacidades –vulnerabilidad– va asociada a una condición que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, por regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario¹⁰².

Como veremos a continuación, los individuos que forman parte de esta categoría y que se encuentran privados de libertad, al menos a nivel regional, no suelen ser considerados de forma especial dentro de las políticas penitenciarias establecidas por los distintos Estados, sino que reciben exactamente el mismo trato que el resto de los internos. En razón de ello, *“las políticas penitenciarias se han creado suponiendo que todos los reclusos son personas adultas, hombres, procedentes de los principales grupos étnicos, culturales y religiosos del país”*¹⁰³.

Sin embargo, este enfoque poco refleja la realidad, ya que al igual que la ciudadanía, la cárcel *“mantiene un grupo muy diverso de internos, [puesto que] hay reclusos que poseen antecedentes variados, y presentan diferencias, entre las que se pueden encontrar las relacionadas con raza, grupo étnico, origen social, cultura, religión, orientación sexual, idioma o nacionalidad”*¹⁰⁴. En este contexto, las leyes y las regulaciones internas penitenciarias debieran tener en consideración los diferentes requerimientos que pueden presentar las personas privadas de libertad en razón de su diversidad, por lo que *“no debiera haber discriminación contra ningún recluso por ninguna de las diferencias mencionadas anteriormente”*¹⁰⁵.

Al respecto se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, dentro de sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección

¹⁰² DHES. *“Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables”*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2014. pp. 13-14. [en línea] https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf. [consulta: 18 de abril de 2016]

¹⁰³ COYLE, Andrew. *“La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos: Manual para el personal penitenciario”*. Internacional Centre for Prison Studies. 2a edición. Londres, 2002. p. 117. [en línea]

http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/spanish_handbook.pdf

[consulta: 23 de abril de 2016]

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, estableció como principio la igualdad y la no discriminación, esto es que bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, discapacidad física o mental, género, orientación sexual, entre otras¹⁰⁶.

De este modo, *“se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”*¹⁰⁷.

Entre los grupos en situación de vulnerabilidad privados de libertad podemos encontrar a los niños y adolescentes; las mujeres; las personas LGBTI; las personas con discapacidad; las minorías étnicas; los pueblos originarios; los adultos mayores; las personas con enfermedades graves, incluyendo a los y las portadoras de VIH; y, los migrantes, entre otros.

En adelante nos centraremos en este último y cómo el ordenamiento jurídico ha enfrentado esta cuestión.

¹⁰⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *“Estudio de las condiciones carcelarias. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos”* [en línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4> [consulta: 2 de mayo de 2016]

¹⁰⁷ CORTE IDH. Caso “Vélez Loo vs. Panamá”. Óp. Cit., párr. 134

III. CAPÍTULO

LOS MIGRANTES COMO GRUPO VULNERABLE. PRINCIPALES INCIDENCIAS EN MATERIA PENAL.

III.1. Los Migrantes

El fenómeno de la migración ha estado presente desde los albores de la humanidad, siendo uno de los principales motivos en la evolución de la especie humana y del desarrollo de su historia. Desde los primeros desplazamientos de los grupos humanos nómadas en búsqueda de alimentos, hasta nuestros días, en que estos traslados están motivados por el anhelo de una mejor calidad de vida, paralelo a las motivaciones personales de los migrantes, encontramos diversas consecuencias a nivel social, demográfico, económico, cultural y de muchas otras índoles, tanto en el lugar de origen de los individuos, como en el de destino.

III.1.1. Concepto de Migración

Etimológicamente la palabra migración proviene del latín *migratio*, que significa: “*Todo desplazamiento de individuos de un lugar a otro*”. La RAE define a la migración como la “*acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él*”¹⁰⁸, o bien, como “*el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales.*”¹⁰⁹ Todas estas definiciones se basan en el hecho del “traslado o movimiento” que hacen las personas de un lugar a otro de forma genérica.

¹⁰⁸ RAE [en línea] <http://dle.rae.es/?id=PE38JXc>. [consulta: 2 mayo 2016]

¹⁰⁹ *Ibíd.*

La migración se manifiesta principalmente de dos formas: la emigración y la inmigración. Por emigración, la RAE define como “*conjunto de habitantes de un país que trasladan su domicilio a otro por tiempo ilimitado, o, en ocasiones, temporalmente*”; mientras que la inmigración es definida como “*acción y efecto de inmigrar*”. La distinción entre uno y otro concepto dependerá del lugar desde donde se mire el desplazamiento. Por un lado la emigración es entendida así desde lugar de origen del migrante, que sale de su localidad hacia otra. Por inmigración se entiende a aquella vista desde el país de destino de los migrantes, el lugar a donde las personas arriban. Estas definiciones conceptuales, si bien son amplias y concretas, no se hacen cargo de las distintas causas y efectos que este fenómeno tiene, debido a que se centran en el simple hecho del desplazamiento.

Conceptos más completos son los entregados por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la cual define a la migración como “*el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica a otra, a través de fronteras administrativas o políticas, que desean establecerse definitiva o temporalmente, en un lugar distinto a su lugar de origen*”¹¹⁰. Otra definición entregada por esta misma organización se refiere a la migración como el “*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*”¹¹¹.

También se distinguen dos tipos de migración diferentes a las ya mencionadas: las migraciones internas y las migraciones internacionales. Las primeras son aquellas en que el movimiento ocurre dentro del mismo país, es decir, de una unidad administrativa (comuna, región o provincia), a otra; mientras que las segundas implican el cruce de una o varias fronteras internacionales.

¹¹⁰ Organización Internacional para las Migraciones (OIM) [en línea]
<http://www.iom.int/jahia/Jahia/aboutmigration/migrationmanagementfoundations/migrationhistory/lang/es>
[consulta 30 de abril de 2016]

¹¹¹ OIM. “Derecho Internacional sobre Migración. Glosario sobre Migración”, N° 7, 2006. p. 38.

III.1.2. Concepto de Inmigrante

La RAE, define como inmigrante al “*que inmigra*”¹¹², y a su vez a la acción de inmigrar es definida como “*dicho del natural de un país: llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas*”¹¹³.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 5º del Decreto con Fuerza de Ley N°69 del año 1953, crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia, señalando que: “*inmigrante es el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente decreto con fuerza de ley*”.

Por su parte, la Corte IDH, indica que “*los inmigrantes son aquellas personas que llegan a un país distinto al de su nacionalidad con el propósito de residir en él*”¹¹⁴. La doctrina nacional ha agregado que “*se trata de personas que, buscando nuevas expectativas de vida, dejan sus países de origen para buscar un futuro próspero en las nuevas tierras que llegan a habitar*”¹¹⁵.

Como podemos observar, las definiciones entregadas para identificar a los inmigrantes son bastantes amplias, siendo la más restrictiva de ellas, la señalada en el DFL N° 69 de 1953. Lo ideal en el ámbito del derecho internacional, es que esta conceptualización sea lo más genérica posible. Así, el estatuto aplicable a estas personas no se verá restringido por una definición demasiado estricta que pueda provocar la exclusión a personas, que de facto, son inmigrantes en un país extranjero.

¹¹² RAE. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=EiyI4Gz>. [consulta: 2 mayo 2016].

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Opinión Consultiva -18/03. Op. Cit., párr. 167.

¹¹⁵ Centro de Derechos Humanos. “*Inmigrantes, Refugiados y Derechos Humanos*”. En: “*Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2007 Hechos 2006*”. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2007. p.318.

III.2. Derecho Migratorio

El Derecho Migratorio surge en cuanto existen individuos que no son nacionales de un Estado determinado¹¹⁶, siendo considerados dentro de dicho Estado como “extranjeros”. Su condición jurídica se regula mediante normas especiales, que en su conjunto conforman lo que entendemos por “Derecho Migratorio”. En ese sentido, el Derecho Migratorio es el “*sistema o conjunto de normas reguladoras de la condición, los actos y los intereses de los extranjeros en un país*”¹¹⁷, encargándose de regular principalmente los siguientes aspectos:

- i. Admisión de los extranjeros;
- ii. Situación Jurídica de los Extranjeros; y,
- iii. Expulsión de los Extranjeros.

III.2.1. Principios Fundamentales del Derecho Migratorio

Respecto a estos principios fundamentales se señala que “la soberanía estatal es la encargada de regular la situación jurídica de los extranjeros dentro de su territorio, el Estado está del todo obligado al respeto de las condiciones jurídicas impuestas por normas internacionales que sean vinculantes a los Estados en cuestión. Éstas, en el contexto actual de influencia de relaciones interestatales en la solución de los problemas derivados de la coexistencia de sistemas jurídicos, invitan a la integración de los principios de derecho internacional. Lo anterior, en sintonía con el proceso de humanización del derecho, hace que muchos de los derechos que le son reconocidos a los extranjeros parten de la premisa de los Derechos Fundamentales,

¹¹⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “*Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven*”. Resolución 40/144. Del 13 de diciembre de 1985. Artículo 1: “*El término extranjero se aplicará, a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre*”

¹¹⁷ TORRES, HILDA GRACIELA. “Derecho Internacional de Extranjería”. Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1984. p. 24.

(...) tendientes al desarrollo de las libertades públicas y control de la justicia represiva, las cuales se enlazan fuertemente con el Derecho Internacional Privado”¹¹⁸.

Determinadas instituciones de ésta rama del Derecho deben enmarcarse y respetar la normativa y principios que imponen los derechos humanos. Por ende, hay derechos y obligaciones que deben ser reconocidos al extranjero por todos los Estados, garantizando la protección de sus derechos fundamentales, que emanan por el solo hecho de ser persona, teniendo como referencia su reconocimiento en el ámbito internacional.

III.2.1.1. Todo extranjero debe ser reconocido como sujeto de derecho

Siguiendo los conceptos que la doctrina ha entendido por derechos fundamentales¹¹⁹, todo Estado debería reconocer a un no nacional como una persona a quién le corresponden por su naturaleza, un mínimo de derechos. El Estado no puede desconocer ciertos derechos esenciales a quienes no ostenten una nacionalidad determinada, ya que esos les corresponden por esencia y no por status jurídico. En esa línea, existen ciertos derechos, que por su relevancia no se encuentran sujetos a la condición jurídica de la persona (nacional o extranjero), sino que le corresponden por el simple hecho de ser persona. Por ejemplo, la Constitución Política establece en su artículo 19 n° 2 y 3, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de los individuos, cuestión garantizada a todas las personas, sin distinción.

¹¹⁸ VERA PÉREZ, Pablo. *“Derecho Migratorio. Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile”*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, 2013. p. 139.

¹¹⁹ LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Edit. Trotta, Madrid, 5° edición, 2006. p. 37. El autor los define como: *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar...”*

III.2.1.2. Principio de igualdad y no Discriminación

Este principio consiste en que todo Estado debe respetar y asegurar a todas las personas, que se encuentren dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en el ordenamiento jurídico sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, entre otros.

Nuestra Constitución, reconoce el principio de igualdad y le concede gran importancia al consagrarlo en su primer artículo.

Artículo 1°. *“Las personas nacen libres e **iguales** en dignidad y derechos”. (...)*

*“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y **asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional**”.*

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido, que el principio de protección igualitaria, efectiva, y no discriminatoria de la ley está consagrado en múltiples instrumentos internacionales. Y que este hecho es un reflejo de la existencia de un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado precisamente de aquel principio general y básico¹²⁰.

La Corte Suprema, también se ha manifestado, indicando que *“el principio de igualdad ante la ley (...) se traduce en el amparo de bienes jurídicos y valores humanos de carácter político social, e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideologías u otros atributos estrictamente particulares; pero no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles tratamientos de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen*

¹²⁰ Dulitzky Ariel E. *“El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”*, pp. 31. [en línea]
<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720> [consulta: 22 enero 2017]

*a todos los que están en la misma situación o condición, porque es característica de la norma jurídica su generalidad, aunque relativa, en cuanto debe tener vigencia sobre todos los gobernados o, por lo menos, respecto de todos los que se hallen en las circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho*¹²¹.

III.2.2. Regulación de la migración en Chile: Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería) y Decreto Supremo N° 597 (Reglamento de Extranjería).

El Decreto Ley N° 1.094 o Ley de Extranjería, fue promulgado el 14 de julio de 1975 y publicado en el Diario Oficial el 19 de julio de ese mismo año. El Decreto Supremo N° 597 o Reglamento de Extranjería, fue promulgado el 14 de junio de 1984 y publicado en el Diario Oficial el 24 de noviembre de ese año. Ambos instrumentos constituyen la base normativa del Derecho Migratorio en nuestro país, encontrándose en ellos las disposiciones que rigen a los extranjeros que se encuentran en Chile.

A continuación enunciaremos las materias tratadas en dicha ley:

- a. Entrada y residencia
- b. Prohibiciones e impedimentos de ingreso
- c. Categorías de extranjeros en Chile
 - Turistas
 - Residentes
 - Residentes oficiales
 - Habitante de zona fronteriza
- d. Egreso y reingreso

¹²¹ CORTE SUPREMA. Sentencia de 12 de enero de 1968. R, t 65 Sección 1° pág. 45. En: Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución de la Política de la República de 1980. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1993. pág. 29.

e. Rechazos y revocaciones

f. Infracciones y sanciones

g. Medidas de control, traslado y expulsión

h. Institucionalidad migratoria.

Estos cuerpos normativos fueron creados en un contexto histórico y político en el que predominaba la doctrina de la seguridad nacional, principal influencia a la hora de “legislar” en la materia; teniendo como resultado una normativa que no se condice con la realidad democrática que actualmente vivimos en nuestro país.

Al respecto, algunos autores señalan que *“... la ley fue dictada en un momento en el cual existían serias tensiones con Perú por ser una fecha cercana al centenario de la Guerra del Pacífico, lo que produjo un escenario de pre conflicto y limitó las facilidades para que ingresaran los extranjeros de nacionalidad peruana y boliviana”*¹²².

Atendido a sus orígenes, constantemente se discute la constitucionalidad de algunas normas contenidas en el D.L. N° 1.094, ejemplo de ello es el artículo 13¹²³, que consagra la discrecionalidad de la autoridad administrativa para ordenar la expulsión de los extranjeros, en que la razonabilidad de la decisión administrativa no se construye a partir de criterios establecidos en una norma legal.

Respecto a esta norma, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) señala que *"se trata de una norma preconstitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos*

¹²² IGOR, Olivia, y FLORES Tomás. «Migración Internacional: el Caso de Chile.» *Informe económico*. Vol. 190. Editado por L y D. 2008. p. 13 [en línea] <http://www.prodem.net.ec/images/documentos/migracioninternacionalcasochile.pdf>. [consulta: 1 de junio de 2016]

¹²³ Artículo 13 D.L. N° 1.094: *"Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones"*.

*o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno*¹²⁴.

El TC considera que esta potestad de la policía de seguridad del Ministerio del Interior, igualmente está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional y, especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Reglamento de Extranjería, también dictado en conformidad a la potestad Reglamentaria del poder ejecutivo, recientemente modificado mediante decreto supremo N° 1930 de 7 de marzo de 2015 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, aprobándose el nuevo Reglamento de Extranjería, junto a otras normas específicas y una variada regulación administrativa a través de oficios, instructivos y circulares.

Se considera que el Reglamento, también adolece de vicios de constitucionalidad, en cuanto restringe el ejercicio de derechos fundamentales, más allá de lo contemplado en la “ley” (D.L. N° 1.094). Ejemplo de ello, es el artículo 28¹²⁵, referido a la configuración de las causales que inhabilitan el ingreso al país de un ciudadano extranjero. Este artículo¹²⁶, agrega una causal no contemplada en el D.L., excediendo las facultades reglamentarias del poder ejecutivo, al delegar en otro decreto supremo la competencia para establecer nuevas prohibiciones basadas en razones no contempladas en el D.L. Esta habilitación competencial decreto a decreto no solo vulnera el principio constitucional de reserva de ley como garantía al ejercicio de los derechos fundamentales, sino además excede el marco constitucional de la potestad reglamentaria de ejecución.

Con este pequeño análisis, apreciamos que la normativa nacional pareciera no estar preparada para asumir los desafíos de este nuevo contexto migratorio. Si bien,

¹²⁴ Estudios Constitucionales, Año 2013, N° 2, pp. 769 - 782. Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2273-12 sobre inaplicabilidad de normas del D.L. N° 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile. [en línea] <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art21.pdf>. [consulta: 22 de enero de 2017]

¹²⁵ Artículo 28. Decreto Supremo N° 597 (Reglamento de Extranjería): *“Asimismo, por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional”*.

¹²⁶ Artículo 28. Decreto Supremo N° 597 (Reglamento de Extranjería).

algunas materias relevantes fueron reguladas en leyes recientes luego de observaciones formuladas al Estado de Chile por la ONU, relativas a la protección de refugiados, a la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes; la aplicación de estas normas ha debido ajustarse a la normativa base, pero evidentemente sin una armonía institucional adecuada.

Esta dispersa normativa, es reflejo de una Política Nacional Migratoria que evidencia la gran distancia entre la normativa vigente y los nuevos estándares internacionales en la materia. Es por ello que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado explícitamente que el Estado de Chile debe *"acelerar la aprobación del proyecto de ley sobre inmigración que garantice plenamente los derechos protegidos por el Pacto"*¹²⁷.

III.2.3. Regulación internacional de la migración: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el último tiempo, las migraciones internacionales han adquirido nuevas características. La profesora Helena Olea señala que *"el carácter masivo de las migraciones y las tensiones que derivan del ingreso autorizado y no autorizado de millones de personas extranjeras a Estados de los cuales no son nacionales, son fenómenos globales complejos. No obstante, la atención se ha centrado en el impacto económico y social de las migraciones en la gestación de sociedades diversas, en la contención de los flujos masivos de personas y en la correlativa demanda de bienes y servicios. Los factores económicos y políticos de las migraciones han predominado en la aproximación a este fenómeno"*¹²⁸. Frente a dicha realidad, en la que estructuras económicas, sociales y jurídicas suelen no considerar a cabalidad las condiciones humanas en las que se desarrolla el fenómeno, lo que conlleva situaciones de abuso y

¹²⁷ VI Informe del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. 13 de agosto de 2014, Obs. 23 [en línea]: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CHL/CO/6&Lang=Sp. [Consulta: 23 de enero de 2017]

¹²⁸ OLEA, Helena. *"Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno"* Anuario de Derechos Humanos". Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2007. p. 197.

desigualdad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos surge como alternativa para enfrentar las vulneraciones que estas circunstancias puedan provocar, poniendo *“el acento en las condiciones que inciden de manera negativa y positiva en la protección y garantía de sus derechos. Un análisis de esta naturaleza permite considerar las políticas y prácticas migratorias a partir de la protección y garantía de sus derechos básicos”*¹²⁹.

La finalidad de proyectar la migración desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permitirá a los Estados *“entrelazar los conceptos de vulnerabilidad, integración y derechos fundamentales de los migrantes. Conforme a esta nueva perspectiva, la vulnerabilidad es presentada como una condición inherente a la calidad migratoria en virtud de diversos factores [...] entre los que se cuentan: vivir y trabajar en un país de cual no se es ciudadano; discriminación en la sociedad; diferencias de idioma, costumbres y culturas; dificultades económicas y sociales. Esta particular condición exige que los migrantes sean protegidos frente a los diversos obstáculos que deben sortear, y las vías que se han adoptado para lograr dicha protección son dos.*

*En primer lugar, la promoción de un proceso de integración que suponga una voluntad de respeto y adaptación mutua por parte de los migrantes y de los nacionales de las sociedades de destino y que les permita interactuar de modo positivo y pacífico. En segundo lugar, y como presupuesto básico de todo proceso de integración, el reconocimiento de que los migrantes, como seres humanos que son, tienen, por esa sola calidad, derechos frente al Estado que éste tiene el deber de respetar y garantizar.”*¹³⁰

En Chile, existen diversos instrumentos internacionales que inciden en la regulación de la migración en nuestro país. Cada uno de ellos ha sido ratificado, y por ende, incorporado al ordenamiento jurídico nacional, ellos son:

¹²⁹ *Ibíd.* p. 203.

¹³⁰ ITURRIETA CUEVAS, María Pilar y TOYOS JOFRÉ, Francisco José. *“Migraciones Internacionales Y Derechos Humanos: Desafíos Normativos Que Plantea Para Chile Esta Nueva Perspectiva”*. Memoria Para Optar Al Grado De Licenciado En Ciencias Jurídicas Y Sociales, Universidad de Chile. 2009. pp. 102 – 103.

i.- Sistema de las Naciones Unidas:

- a) Año 1965: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- b) Año 1966: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- c) Año 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo.
- d) Año 1979: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- e) Año 1984: Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- f) Año 1989: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- g) Año 1990: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

ii.- Sistema Americano:

- a) Año 1969: Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”.
- b) Año 1985: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
- c) Año 1994: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como “Convención de Belém Do Pará”.

Todos los tratados previamente nombrados, contienen normas aplicables específicamente a los extranjeros. El más reciente de ellos y tal vez de los más importantes, es la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. Este es el único instrumento, que desde la óptica de los Derechos Humanos, trata íntegramente y de forma específica la situación de los migrantes a nivel mundial. Si bien, se reiteran muchos

derechos ya contemplados en otros instrumentos, en esta convención son adaptados a la realidad de los extranjeros.

Con todo, dado que el objetivo de la presente memoria reside en analizar el contexto de la privación de libertad tratándose de un grupo especialmente vulnerable como los migrantes, nos detendremos particularmente en los problemas que su regulación ha dado pie en Chile.

III.3. Los Migrantes como grupo vulnerable y la especial condición de los migrantes en situación irregular.

Cuando se ubica espacialmente al migrante en su país de origen, su relación con el Estado es como nacional. Al ubicar espacialmente al mismo migrante en un país que no es el suyo, su relación con el Estado del país receptor, es como extranjero.

De esta distinción, nacional/extranjero, derivan tanto los derechos del migrante como ser humano y el acceso a recursos para su protección, como la carencia de ambos. Es el estado o condición de carencia de derechos y de acceso a recursos para su protección lo que se entiende por vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos¹³¹.

En la práctica social, la vulnerabilidad de los migrantes equivale a la imposición de una condición de inferioridad que, de facto o de jure, hace un nacional sobre un inmigrante, en el contexto de las relaciones sociales entre ambos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas señaló que *“la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes se debe, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas a las cuales deben hacer frente los*

¹³¹ BUSTAMANTE, Jorge A. “La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos”. [en línea]
http://www.revistainterforum.com/espanol/pdfes/jorge_5Fbustamante_5Fvulner_5Fesp.pdf [consulta: 23 de enero de 2017]

*migrantes*¹³²”. Estas dificultades, no son más que las diferencias propias que se generan por el hecho de haber nacido y crecido en las costumbres de otra patria. Esta situación, no siempre tendrá buena acogida en los nacionales del país receptor, dando lugar a la discriminación negativa de este grupo, la cual se puede expresar en actitudes racistas y xenofóbicas de algunos sectores de la sociedad, discriminación laboral manifestada en empleos de escaso nivel técnico, con bajos salarios y sin garantías sindicales y jurídicas; discriminación social que impide su integración, discriminación cultural que evita la retroalimentación interregional y las manifestaciones culturales propias de los inmigrantes, creándose estereotipos denigrantes a ciertas nacionalidades, discriminación a inmigrantes indígenas, abuso por parte de las autoridades policíacas y migratorias, negación de diversos servicios públicos, falta de asistencia social, impedimento de inclusión en los sistemas educativos, inasistencia médica, detenciones arbitrarias, maltratos físicos, psicológicos y deportaciones indiscriminadas, por nombrar las más importantes.

Peor aún es la situación de los inmigrantes irregulares quienes tienen más limitaciones para surgir y desarrollarse en la sociedad de acogida. Son inmigrantes en situación irregular, aquellos que no cuentan con residencia legal para permanecer en un país, ya sea porque se les venció el permiso de residencia o porque ingresaron a ese territorio en forma irregular.

Debido a esta situación, es común encontrar a migrantes en situación irregular como víctimas de explotación laboral, abusos sexuales, golpes, y violación de sus derechos sociales y culturales. Sumado a su situación económica, la que usualmente es precaria e inestable, pues el marco legal no le permite incorporarse con normalidad al mercado laboral. Por esa razón dicha incorporación se realiza de manera oculta, sin

¹³² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución sobre “Protección de los migrantes”, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000. Preámbulo, párr. quinto, citado en Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 82, párr. 114.

posibilidades de defensa legal, colectiva o individual de sus derechos cuando éstos son vulnerados¹³³.

Esta apreciación es compartida por la Corte IDH, la cual ha estimado que los migrantes indocumentados constituyen un grupo especialmente expuesto a ser víctima potencial o real de violaciones de derechos humanos, debido al elevado nivel de desprotección en que se encuentran, sumado a los prejuicios culturales que existen en su contra, dando lugar a escenarios de impunidad.

La Corte IDH, a partir de las obligaciones de respeto y garantía que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos imponen, ha elevado el estándar de conducta exigido al Estado respecto a este grupo. Ante ello, exige la utilización (como referente para el establecimiento de los deberes del Estado), los principios del *efecto útil* y de las *necesidades de protección* de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, de los que se derivan medidas especiales de protección y promoción de sus derechos.

En esta línea la Corte IDH, señala que: *“los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y “diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]”. Evidentemente, esta condición de vulnerabilidad conlleva “una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”. Del mismo modo, los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad. Finalmente, es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, inter alia, a la existencia de factores culturales que justifican estos*

¹³³ MARTÍNEZ VEIGA UBALDO. (1997), La integración social de los inmigrantes extranjeros en España, Madrid: Trotta. p. 56 MARTÍNEZ VEIGA, U. (1997). La integración social de los inmigrantes extranjeros en España. *Revista de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona* , 54.

*hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia*¹³⁴.

En armonía con lo expuesto, indica además que *“en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del corpus juris internacional existente en relación con los derechos humanos de los migrantes, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo*¹³⁵.

El Estado, en ejercicio de sus atribuciones regulará el ingreso, permanencia y salida de personas migrantes del país. Con esta finalidad, la utilización de detenciones preventivas es considerada idónea para controlar la migración irregular con el único fin de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y de acuerdo a la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *“la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias*¹³⁶. Del mismo modo, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que *“la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo*¹³⁷.

¹³⁴ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Óp. Cit., párr. 98.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 99.

¹³⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *“Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo”*. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria A/HRC/7/4, 10 de Enero de 2008. párr. 53.

¹³⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *“Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes”*. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN. 4/2003/85, 30 de Diciembre de 2002. párr. 73.

III.4. Marco Regulatorio. Condena penal y derecho administrativo sancionador migratorio: Expulsión y otras consecuencias.

El Departamento de Extranjería y Migración, autoridad facultada para regular el ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros en el país, se rige por el Decreto Ley N°1.094, estableciendo las **causales que prohíben el ingreso de los extranjeros a Chile** (artículos 15 y 16), **rechazo de solicitudes de visa** (artículos 63 y 64) y **revocación de las mismas** (artículos 65 y 66). Entre todas ellas tenemos más de 300 disposiciones, las cuales se encuentran reguladas con mayor precisión en el Reglamento de Extranjería (Decreto Supremo N° 597).

Adelantándonos al resultado final de la lectura estructural de este articulado, podremos verificar como la normativa actual, promueve que el migrante condenado penalmente en Chile, sin considerar la gravedad del delito cometido, sea además expulsado del país por orden administrativa, lo que en la practica constituye una doble sanción para el migrante.

i) Causales que prohíben el ingreso de los extranjeros a Chile (artículos 15 y 16 del DL N° 1.094)

Artículo 15 del DL N° 1.094: Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros

1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;

2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, **en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;**

3.- **Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos;**(...)

8.- **Los que habiendo incurrido en la comisión de los delitos tipificados en el inciso primero del artículo 68¹³⁸ y en el artículo 69¹³⁹, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional.**

Artículo 16 del DL N° 1.094: Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros:

1.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos.

ii) Rechazo de solicitudes de visa (artículos 63 y 64 del DL N°1.094)

Artículo 63 del DL N° 1.094: “Deben rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

¹³⁸ Artículo 68 DL N° 1.094: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta.

En estos delitos no procederá la remisión condicional de la pena”.

Lo dispuesto en este artículo no regirá en el caso que el extranjero efectúe la declaración del inciso segundo del artículo 35.

¹³⁹ Artículo 69 DL N° 1.094: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.

1. **Los que ingresen a Chile, no obstante hallarse comprendidos en alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 15º.**

2. **Los que con el motivo de actos realizados o de circunstancias producidas durante su residencia en el país queden comprendidos en los números 1 ó 2 del artículo 15º.**¹⁴⁰

3. **Los que entren al país valiéndose de documentos de ingresos falsificados o adulterados o expedidos a favor de otra persona, y los que incurran en iguales falsedades con respecto a la documentación de extranjería otorgada en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35º y de la responsabilidad penal a que haya lugar (..).**

Artículo 64 del DL 1094: Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

1. **Los condenados en Chile por crimen o simple delito. En caso de procesados cuya solicitud sea rechazada, podrá ordenarse permanencia en el país hasta que recaiga sentencia firme o ejecutoriada en la causa respectiva, debiéndose disponer a su respecto, y por el tiempo que sea necesario, alguna de las medidas legales de control;**(...)

4. **Los que por circunstancias ocurridas con posterioridad a su ingreso a Chile queden comprendidos en los números. 4 ó 5 del artículo 15º**¹⁴¹;

Este artículo debe aplicar conjuntamente con:

Artículo 143 del Reglamento de Extranjería: “La resolución que rechace la solicitud o revoque un permiso de residencia de algún extranjero que se

¹⁴⁰ Aquellos delitos que atenten contra el orden social y seguridad nacional.

¹⁴¹ Artículo 15 del DL Nº 1.094:

“4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social;

5.- Los que sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional”.

encuentre procesado por crimen o simple delito, deberá disponer que el plazo que se fije para abandonar voluntariamente el país, empezará a regir desde el momento de notificación de la sentencia firme o ejecutoriada, cuando ella sea absoluta o del término del cumplimiento de la pena, si fuese condenatoria.

Excepcionalmente, mientras el cumplimiento de la orden de abandono esté pendiente, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso anterior, podrá otorgarse al extranjero una visación de residencia restringida en su plazo de validez, prorrogable sucesivamente hasta el término del proceso o cumplimiento de la condena, según corresponda, luego de lo cual éste deberá dar cumplimiento a la medida de abandono vigente”.

iii) Revocación de visas (artículos 65 y 66 del DL 1094)

El DL N° 1.094 regula una tercera situación, cual es la revocación de permisos de residencia. Dicha hipótesis se encuentra regulada en:

Artículo 65 del DL N° 1.094: “Deben revocarse los siguientes permisos y autorizaciones de residencia:

1.- Los otorgados en el extranjero a personas que se encuentren comprendidas en alguna de las prohibiciones indicadas en el artículo 15;

2.- Los otorgados en Chile con infracción a lo dispuesto en el artículo 63, y

3.- Los de extranjeros que, con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso del que son titulares, realicen actos que queden comprendidos en los números 1 ó 2 del artículo 15 o en el N° 3 del artículo 63”.

Artículo 66 del DL N° 1.094: Pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que, con motivo de actuaciones realizadas o de circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en alguno de los casos previstos en el artículo 64.

Resumen

El artículo 15 del DL N° 1.094, establece un catálogo de causales respecto de las cuales se debe prohibir el ingreso de los extranjeros al país. El numeral 1, establece una causal genérica, prohibiendo el ingreso a los extranjeros que **“ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”**. El numeral 2, establece otra causal genérica, respecto de los que **“ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”**. El numeral 3, se refiere a los **“condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes (...)”**. Para finalizar, el numeral 8 prohíbe el ingreso de aquellos que cometieron delitos de los cuales hubiesen prescrito las acciones penales o las penas correspondientes.

El artículo 16 del DL N° 1.094, confiere a la autoridad administrativa, el poder de decisión respecto al ingreso al territorio nacional, indicando **“podrá impedirse el ingreso”** de aquellos extranjeros **“condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos”**.

Ambos artículos, contemplan causales genéricas, que se refieren prácticamente a la comisión por parte del extranjero, de cualquier delito tipificado en el Código Penal. Además, son importantes, debido a que en las siguientes hipótesis son continuamente citados.

Una vez que ha ingresado el migrante al territorio nacional, éste debe regularizar su situación migratoria a través de los distintos tipos de visa que contempla nuestro ordenamiento, a las cuales postulará dependiendo del proyecto de vida que pretenda desarrollar al país, trabajo, estudios, etc.

Ante esta premisa, el artículo 63 del DL N° 1.094, ordena que **“deben rechazarse”** las solicitudes que presenten los extranjeros **“comprendidos en alguna de las prohibiciones del artículo 15”**, causales genéricas.

El artículo 64 del DL N° 1.094, entrega nuevamente a la autoridad administrativa, el poder de decisión respecto al rechazo de solicitudes presentadas por **“los condenados en Chile por crimen o simple delito”**.

En el mismo inciso, continua señalando que **“podrá ordenarse permanencia en el país hasta que recaiga sentencia firme o ejecutoriada en la causa respectiva”**. Esta facultad de la autoridad administrativa para poder “ordenar la permanencia”, se ve reforzado por lo señalado en el artículo 143 del Reglamento de Extranjería. Este último, tiene una doble importancia. Otorga al migrante una *visación de residente*, mientras dure el proceso o se dé cumplimiento a la condena, con todo lo que implica dicha residencia, entre los más importantes, trabajar de forma legal y el acceso a todo tipo de beneficios sociales.

Otro punto que llama la atención, es que para el legislador el principio de inocencia, no tiene ninguna relevancia, ya que le es indiferente que la sentencia una vez firme, sea absolutoria o de condena, por lo que en términos prácticos, da lo mismo ser culpable o inocente.

El hecho de terminar el proceso penal por sentencia absolutoria, no da ninguna chance de continuar con la residencia regular, ya entregada por esta misma ley al migrante mientras estaba a la espera de las resultas del juicio. Muy por el contrario, la normativa establece que luego de terminado el proceso, se deberá dar cumplimiento a la medida de abandono.

El migrante que ingresó a Chile, dando cabal cumplimiento a todos los requisitos establecidos en la ley para obtener los permisos y residir legalmente en nuestro país, será revocado en los siguientes casos. El artículo 65 del DL N° 1.094 ordena que **“Deben revocarse los permisos y autorizaciones de residencia: 1.- Los otorgados en el extranjero a personas que se encuentren comprendidas en alguna de las prohibiciones indicadas en el artículo 15”**.

Por su parte, artículo 66 de DL N° 1.094, entrega una vez más, a la autoridad administrativa, el poder de decidir discrecionalmente, respecto a la revocación de permisos de aquellos extranjeros que **“queden comprendidos en alguno de los**

casos previstos en el artículo 64”, es decir, de aquellos condenados en Chile por crimen o simple delito.

Si bien el legislador no ha establecido una norma específica que ordene la expulsión del migrante por causas penales, se desprende que esta circunstancia tiene altas probabilidades de llevarse a cabo, a causa de una normativa es general y arbitraria.

Otorga la facultad discrecional a la autoridad administrativa, que no son jueces, respecto a la imposición de la expulsión, sin que la ley considere aspectos tan relevantes como la gravedad del delito cometido o la revocación de permisos de residencia de larga duración.

De igual forma se manifestó la Defensoría Penal Pública. *“Otro problema que genera esta norma está relacionado con la nomenclatura procesal penal que se utiliza, ya que en atención a la fecha del DL N° 1.094, se utiliza el auto procesamiento como situación penal merecedora de expulsión (situación en que quedaban los reos una vez dictado el auto procesamiento y que debía cumplir con ciertos requisitos legales y que se encuentra absolutamente derogado con la reforma procesal penal), sin embargo, la autoridad administrativa ha relacionado el sometimiento a proceso con la formalización del proceso penal actual. Por ende, basta que se formalice a una persona (que se le comunique que se ha iniciado una investigación en su contra) por cualquiera de los hechos ya descritos anteriormente, para que la autoridad administrativa dicte una expulsión. Sin embargo, no se considera en absoluto el principio de inocencia, pues existen imputados absueltos o cuyas causas han terminado por salidas alternativas distintas a la condena, que son igualmente expulsadas a pesar de no haberse comprobado nunca su responsabilidad penal. En términos sencillos, se puede ser inocente y ser expulsado”¹⁴².*

¹⁴² Exposición de la Defensoría Penal Pública, respecto de la situación de las personas migrantes ante el sistema penal. Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados [en línea] <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=20674&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> [consulta: 25 de enero de 2017]

III.5. Responsabilidad penal y migrantes.

El artículo 1 del Código Penal, en su inciso 3º indica: *“El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender”*

Por su parte, el artículo 5 del mismo cuerpo legal, señala: *“La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”*.

Es decir, para quienes incurran en la comisión de un delito, serán responsables de él y deberán asumir la pena que corresponda, sin distinción entre nacionales y extranjeros. La diferencia entre nacionales y extranjeros, surge en los efectos más perjudiciales que tiene dicha sentencia de condena para estos últimos.

Para extranjeros, por el solo hecho de haber sido condenado, independiente del delito y sanción, conlleva a otras consecuencias de índole administrativas que incluso a veces son más gravosas que la misma pena.

Con la condena, el extranjero infringe la Ley de Extranjería, exponiéndose a la expulsión. De acuerdo a lo señalado en el Catálogo de Sanciones del Departamento de Extranjería, la expulsión es definida como una *“sanción que consiste en el abandono obligado del país del extranjero que incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley y Reglamento de Extranjería”*.

III.6. Procedimientos especiales y responsabilidad penal. Efectos en migrantes.

Nos referiremos a:

Procedimiento Abreviado: Es una alternativa al Juicio Oral. Supone un acuerdo entre el imputado y el fiscal del Ministerio Público, en virtud del cual el primero **acepta expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la**

investigación que la fundan y consiente en someterse a este procedimiento, y el segundo solicita la imposición de una pena que no exceda de cinco años. En virtud de este acuerdo, y siempre que cumpla con los requisitos legales, el juicio se desarrolla directamente ante el Juez de Garantía, quien en su sentencia condenatoria no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal del Ministerio Público.

Procedimiento Simplificado: Es el procedimiento aplicable al juzgamiento de las **faltas** (delitos leves, que sólo acarrear penas de multa o de prisión hasta 60 días) **y de algunos simples delitos** (delitos de baja o mediana gravedad) para los cuales el fiscal del Ministerio Público solicita la imposición de una pena que no exceda de 540 días de privación de libertad. El juicio se desarrolla directamente ante el Juez de Garantía.

Lo que en el proceso penal, debiese tener el carácter de beneficio: un procedimiento simplificado y breve, en el que el imputado tiene mayores certezas respecto al término del proceso penal, y que implica la aceptación de los hechos delictuales a cambio de una rebaja en la condena o no ser privado de libertad, para extranjeros, tiene consecuencias mucho más duras.

En el caso de lo extranjeros, el hecho de haber sido condenado penalmente, configura una causal para revocar y rechazar visas, exponiéndose a la posibilidad de que la autoridad administrativa, dicte a su mero arbitrio una eventual orden de abandono voluntario del país o la expulsión del extranjero del territorio nacional.

Por esta razón, someter a extranjeros a alguno de estos procedimientos especiales, no constituyen una opción viable, debido a que esta situación entra en tensión con la futura situación migratoria del extranjero imputado.

- III.7. Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Consecuencias de la Ley 20.603, que modifica ley de medidas alternativas a la privación de libertad, agregando la expulsión del país como medida restrictiva de libertad para extranjeros.

La Ley 18.216 establece las medidas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, promulgada el día 23 de abril de 1983 y publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo del mismo año. Esta Ley fue modificada por la Ley 20.603, promulgada el 13 de junio de 2012, y publicada el día 27 de ese mismo mes. Esta nueva norma, mantiene las medidas alternativas ya existentes y agrega la libertad vigilada intensiva, la expulsión del país para extranjeros y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Esta modificación se encuentra en la Ley 20.603, artículo 1°:

“La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.*
- b) Reclusión parcial.*
- c) Libertad vigilada.*
- d) Libertad vigilada intensiva.*
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad”.*

Artículo 34: *Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional.*

A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la

misma.

*El condenado extranjero al que se le aplicare la **pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.***

En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

Lo relevante de esta nueva medida, es que se incorpora a la expulsión como una sanción de carácter penal, la cual por años sólo decretaba en sede administrativa.

Esta modificación ha sido bastante criticada, siendo uno de sus principales detractores, el investigador y académico de la Universidad de Talca, Sebastián Salinero Echeverría, quien realizó un extenso artículo¹⁴³, del cual expondremos algunos de sus principales comentarios.

La premisa es que el Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos de la más diversa índole, los cuales eventualmente están expuestos a ser lesionados. En caso de que efectivamente exista lesión a dichos bienes jurídicos, el Derecho debe reaccionar con la sanción o medida de seguridad que corresponda; con fines ya sea retributivos, preventivos o correctivos.

En relación a la premisa, la expulsión de los extranjeros, al no ser una sanción de carácter penal o una medida de seguridad, no cumple en ningún caso los fines de estas, ya que según la opinión de Salinero, no es más que una renuncia al ius puniendi estatal, resguardando fines ajenos al derecho penal y que están mayormente relacionados con la política migratoria criminal.

Al sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, se debe tener en consideración, las circunstancias personales del extranjero, ya que según el ejemplo que nos da Salinero, *“para un extranjero procedente de un país pobre, que viene a Chile huyendo de la miseria de su tierra y esperanzado en una vida mejor, la expulsión*

¹⁴³ SALINERO, Sebastián. *“La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”*. Revista Política Criminal, vol. 6, 2011. pp. 106 - 141. [en línea] http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf. [consulta:12 de junio de 2016]

*tendrá un componente aflictivo. En cambio para un extranjero de un país con calidad de vida mejorada que quiere probar suerte en el negocio de las drogas, no será más que una suspensión que lo beneficiará.*¹⁴⁴

Otro punto importante que hace mención el autor es que *“al renunciarse a la pena, de cierta manera también se renuncia a las penas accesorias y a las penas que no son privativas de libertad, pero que acompañan a estas últimas. Estas renunciaciones, generalmente obedecen a la imposibilidad de coaccionar el cumplimiento de estas penas o de fiscalizar su cumplimiento. Existe de cierto modo un cinismo del legislador, donde desde el punto de vista material se sabe o no puede menos que saberse que estos supuestos de penas no pueden ejecutarse.”*¹⁴⁵ Lo cual deja en evidencia que esta medida se ejerce con la absoluta indiferencia del legislador para con las víctimas del delito por el cual es condenado el extranjero, ya que se opta por la expulsión en desmedro de la pena priorizando el cumplimiento de fines totalmente ajenos a los del derecho penal.

Por último, se señala que la finalidad de aplicar la expulsión como medida sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad, consiste en materializar una política migratoria criminal, la cual debiera manifestarse por medio de políticas públicas y no a través del sistema penal, el cual debe ejecutarse independientemente del sexo, edad, raza o circunstancias personales del sancionado.

III.7.1. Superposición de expulsiones¹⁴⁶.

Otro grave problema que surgió con la ley 20.603, es que al tener la opción de aplicar la expulsión como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad

¹⁴⁴ *Ibíd.* p. 32.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ En base a la exposición de la Defensoría Penal Pública, respecto a la situación de las personas migrantes ante el sistema penal. Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. [en línea] <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmlD=20674&prmtIPO=DOCUMENTOCOMISION> [consulta: 25 de enero de 2017]

(en sede penal), esta situación no hace excluyente su posterior aplicación por vía administrativa

Por ello, al contar con la posibilidad de establecer como pena sustitutiva la expulsión del país en aquellos delitos que tuvieran una pena inferior a los 5 años (presidio menor en grado máximo), agregándole a la pena, la prohibición de ingreso al territorio nacional por 10 años contados desde que la pena haya quedado firme y ejecutoriada. Con ello, los casos en que el extranjero tiene un proyecto migratorio con la intención de asentarse en Chile, ya sea porque tiene hijos, cónyuge o algún familiar chileno, o porque está desarrollando un trabajo o actividad remunerada lícita o cualquier otra situación justificable, puede significar el deseo del condenado extranjero de cumplir su sanción en Chile y no ser expulsado.

Esta situación será indudablemente motivo de debate durante el proceso penal, sin embargo, una vez que se ha logrado acreditar en juicio que el extranjero se encuentra en una de las situaciones descritas y por ende prefiere cumplir su sanción en Chile y no ser expulsado, deberá ser condenado por el tribunal a una pena a cumplir en el país.

Sin embargo, a pesar de haberse adoptado esta decisión por la autoridad judicial, teniendo en cuenta toda la prueba y documentación aportada por la defensa como por parte del Ministerio Público, la situación del condenado extranjero, puede verse alterada con una orden de expulsión, la que generalmente se ejecutará una vez cumplida la sanción impuesta.

De esta manera los condenados extranjeros están en una posición de vulnerabilidad mayor que los condenados chilenos, toda vez que existirá para los extranjeros una doble sanción (la pena y la expulsión administrativa) haciendo que el castigo por el mismo hecho sea mayor para un extranjero que para un nacional.

III.8. Condena Penal. Procedimiento administrativo posterior.

Al dictarse una condena penal en contra de un extranjero, el procedimiento administrativo posterior al que será sometido, se materializa de la siguiente manera:

i. Sentencia Condenatoria: Con esta sentencia, el Departamento de Extranjería procede a:

- Extranjero condenado con situación migratoria regular: Se revocará la visa y se dictará la orden de abandono.

- Extranjero condenado que no tenga regularizada su situación o se encuentre en proceso de regularización de su residencia: En este caso, se le rechazará la solicitud de visa. Ambas situaciones van acompañadas de la posibilidad de abandono voluntario del país, en plazo de 72 horas. Si dentro de dicho plazo no se abandona el país, se dictará Decreto de Expulsión.

ii. Dictación de la resolución que revoca o rechaza el permiso: al dictarse esta resolución, el extranjero tiene dos posibilidades:

- Acatar la orden de abandono voluntario del país, lo cual lo liberaría del Decreto de Expulsión; o
- Presentar un Recurso de reconsideración. (artículo 79 Ley de Extranjería; 142 bis Reglamento).

iii. Decreto de Expulsión: Si el extranjero decide no hacer abandono del país dentro del plazo entregado por la autoridad o no presente una reconsideración ante la autoridad (art. 142 bis del Reglamento), se verá expuesto a la dictación del Decreto de Expulsión (art. 67 inciso final), el cual lo deja sujeto a una prohibición de ingreso absoluta, de al menos cinco años, conforme al artículo 15 N° 6.

III.9. Condena privativa de libertad. Traslado de condenados extranjeros hacia su país de origen.

Una vez que el extranjero imputado ha sido condenado con una pena privativa de libertad, deberá hacer ingreso al recinto penitenciario para su cumplimiento.

Frente a esta situación, varios Estados, entre ellos Chile, han adherido a una serie de acuerdos internacionales que tienen por objeto instaurar una solución jurídica que habilite a los Estados para recibir a uno de sus condenados y ejecutar la sanción impuesta por otro Estado, trasladando a sus nacionales que cumplen condenas en país extranjero.

En el Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas (1985), entre otras cosas, se acordó un modelo para promover que distintos Estados generen políticas y acuerdos recíprocos respecto al traslado de reclusos nacionales que se encuentren cumpliendo penas por delitos cometidos fuera de su país de origen. En el instrumento, los Estados reconocen las dificultades que experimentan en los establecimientos carcelarios los reclusos extranjeros, debido a sus diferencias de idioma, cultura, costumbres, religión, etc. Por ello, llegaron al acuerdo de que el modo más adecuado para lograr la reinserción social de los delincuentes, es dar a los reclusos extranjeros la oportunidad de cumplir sus condenas en el país de su nacionalidad o residencia.

III.9.1. Extranjeros objeto de la medida¹⁴⁷.

Cada Estado involucrado goza de plena discrecionalidad para determinar quiénes son los condenados que pueden acogerse a este mecanismo. Así, vemos

¹⁴⁷ Este apartado fundamentalmente se realizó con la información contenida en: VERA PÉREZ, Pablo. "Derecho Migratorio. Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile". La cual ya ha sido citada.

materializado el principio general en materia de Derecho Migratorio, en el cual los Estados son los únicos competentes para resolver sobre la entrada o salida de extranjeros de su territorio. Sin embargo, existe consenso en que el ejercicio de esta facultad tiene una finalidad esencialmente humanitaria, principalmente porque posibilita el acercamiento con su familia, junto a su ambiente social y cultural.

Para efectuar el traslado del condenado a su país de origen, se debe tener en consideración: el consentimiento de los sujetos implicados y las condiciones materiales necesarias que posibilitan dicho traslado.

Se requiere el consentimiento de tres sujetos:

- i) Consentimiento del Estado condenador;
- ii) Consentimiento del extranjero condenado, y,
- iii) Consentimiento del Estado en el que se cumplirá la condena.

Las condiciones materiales que se deben cumplir para que sea posible concretar el traslado son:

- a. Que la persona condenada sea nacional del Estado en donde desea ser trasladado.
- b. Que la sentencia condenatoria esté firme o ejecutoriada.
- c. Que le resten al condenado que solicita el traslado, al menos 6 meses para el cumplimiento total de la pena.
- d. Que la sentencia no sea pena de muerte.
- e. Que la persona condenada manifieste su deseo de ser trasladada.
- f. Que el solicitante del traslado se encuentre privado de libertad.
- g. Que el o los delitos por los que fue condenado el extranjero sean reconocidos como tales en el país al cual se desea ser trasladado.¹⁴⁸

¹⁴⁸ En el modelo de acuerdo elaborado por las Naciones Unidas, en su número 3 señala: *“El traslado de reclusos podrá efectuarse en los casos en que el delito que motive la condena sea sancionado con penas de privación de libertad tanto por las autoridades judiciales del Estado remitente (Estado sentenciador)*

III.9.2. Procedimiento del traslado.

Nuestro país, cuenta con un instrumento llamado “Guía de Traslado de Condenados”, elaborado por la División de Defensa Social, organismo perteneciente al Ministerio de Justicia de Chile. El procedimiento que deben seguir los extranjeros condenados solicitantes de traslado a su país de origen para el cumplimiento de la condena es el siguiente:

i) Solicitud escrita del interesado dirigida al Ministerio de Justicia.

Esta solicitud se realiza por intermedio del Alcaide del establecimiento penitenciario en donde se encuentra el interesado, o bien, a través del representante consular del país de su nacionalidad. En el caso en que la solicitud sea realizada desde Chile hacia otro Estado¹⁴⁹, la comunicación también debe hacerse ante el Ministerio de Justicia.

ii) Comunicación al Estado de eventual cumplimiento de la condena.

Una vez recepcionada la solicitud, el Ministerio de Justicia deberá notificar a la brevedad al Estado requerido para el cumplimiento de la condena.

iii) Carpeta del caso.

El Ministerio del Justicia elaborará una carpeta que contendrá los antecedentes por cada caso en que se inicie el procedimiento solicitando traslado, la cual estará compuesta por los siguientes documentos:

- Copia autenticada de la sentencia y su estado (debe encontrarse firme y ejecutoriada).
- Certificación del tiempo restante de cumplimiento de la condena, y

como por las del Estado al que debe efectuarse el traslado (Estado administrador) con arreglo a sus leyes nacionales.”

¹⁴⁹ Por ejemplo en el caso en que un familiar de un condenado nacional en el exterior solicite el traslado de éste.

- Textos legales aplicables al delito por el que se ha impuesto la condena: informe social, médico y psicológico del solicitante. Esta información será utilizada al momento de realizar la comunicación al Estado requerido.

En otro apartado de la carpeta del caso, se contendrán los documentos solicitados al Estado requerido, tales como: certificado de nacionalidad de interesado; textos legales aplicables al delito y de los sistemas de cumplimiento que se seguirá, y un pronunciamiento acerca de la aceptación o rechazo de la petición del traslado.

iv) Resolución.

Por último, el Ministerio de Justicia aprobará o rechazará la solicitud del interesado, la cual será enviada al Estado requerido.

Los criterios utilizados por la administración para acoger o rechazar solicitudes son facultativos, siendo en estos casos la actuación del Estado meramente discrecional. Estos criterios son:

- Rehabilitación social del condenado
- Gravedad del delito
- Duración de la pena impuesta
- Antecedentes penales
- Salud física y mental
- Arraigo del solicitante con el estado requerido para el cumplimiento de la condena.

En los procedimientos de traslado, por lo general, nuestro país espera la previa aceptación del país de origen antes de emitir el pronunciamiento definitivo Así lo ha indicado la División Social del Ministerio de Justicia.

En caso de obtener una respuesta negativa del país de origen del condenado, se dará por terminado el proceso. Si la respuesta es afirmativa, el país de origen del condenado notifica la aceptación al Estado trasladante. Recibida dicha respuesta, se informa a Gendarmería de Chile y a Interpol Chile, que se contactará con la institución

correspondiente del país de origen para coordinar la entrega de la persona objeto del traslado.

III.9.3. Efectos del traslado.

Los efectos del traslado son:

- i) Suspende el cumplimiento de la condena en el Estado que la dictó.
- ii) El cumplimiento continúa en el Estado receptor.
- iii) El Estado receptor y cumplimiento final de la condena, asume los gastos del traslado.
- iv) El traslado no puede agravar la naturaleza o duración de la condena.

Hay ciertos Estados con los que nuestro país ha celebrado instrumentos internacionales de carácter bilateral, en donde el Estado trasladante podrá indultar, amnistiar o conmutar la pena¹⁵⁰. También ha celebrado convenios de mayor alcance, permitiendo que tanto el Estado trasladante como el receptor pueden amnistiar, indultar o conmutar¹⁵¹.

III.10. Nuevos procedimientos implementados en el proceso penal respecto a migrantes y extranjeros.

La Mesa Interinstitucional sobre Acceso de Migrantes a la Justicia Penal, que agrupa a los principales actores en la materia, tienen por objeto avanzar en las

¹⁵⁰ Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas (2004); Tratado con Argentina de traslado de condenados (2005); y, Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el extranjero (1999)

¹⁵¹ Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas (1998); Tratado sobre Traslado de Personas Condenadas ente Chile y Perú (2012); Tratado con Brasil de Transferencia de Presos Condenados (1999)

obligaciones de respetar y garantizar los derechos de cualquier persona extranjera frente a un proceso penal.

Como muestra de los esfuerzos conjuntos por parte de la institucionalidad, se elaboraron una serie de documentos y productos tendientes a mejorar el trato, la información y el respeto a la dignidad de las personas extranjeras que se vinculan al proceso penal.

i. Derechos del detenido y acta de notificación consular. Fusión en un sólo documento del acta de lectura de derechos del detenido y el acta de notificación consular, utilizada en caso que el detenido extranjero solicite la notificación de la detención a su consulado y que, además, desee entrevistarse con un representante de dicha institución. Es un acta única, que se encuentra homologada entre Carabineros y la PDI.

ii. Traducción del Acta. Esta nueva acta de lectura de derechos y notificación consular fue traducida al inglés, francés, alemán, portugués y quechua.

iii. Decálogo de derechos de los detenidos y las víctimas. Fue traducido al inglés y contiene, además, el derecho que les asiste para notificar su detención al consulado respectivo. Este documento debe estar en cualquier centro de detención.

iv. Notificación de las detenciones a extranjeros que desean asistencia consular. El Ministerio Público y la Defensoría son notificados de las detenciones a extranjeros que desean asistencia consular. Carabineros y la PDI tienen la obligación de notificar dichas detenciones a la Dirección General de Asuntos Consulares y de Inmigración (DIGECONSU), dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores. Este organismo, a su vez, deriva la información a la Defensoría vía correo electrónico. Una vez recibida la información, se reenvía inmediatamente a la Defensoría Regional respectiva para comenzar a preparar el caso, o bien al Ministerio Público en caso de tratarse de una víctima.

La comunicación casi automática de la detención o denuncia permite que el defensor pueda tomar las medidas pertinentes aun antes de la audiencia de control de detención. La Fiscalía, en tanto, comunica al consulado respectivo, lo que permite a la

víctima contar de manera expedita con la asistencia consular, coordinándose de esta forma la obligación de protección del Ministerio Público con la necesaria cooperación del Estado con la víctima. Esta situación cobra vital importancia en aquellos casos en que las víctimas no hablan el idioma español.

III.10.1. El derecho a la comunicación consular para víctimas e imputados extranjeros en el sistema penal como garantía del debido proceso.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante La Convención), suscrita el 24 de abril de 1963, es uno de los acuerdos más relevantes para regular las relaciones, privilegios e inmunidades consulares. El artículo 36¹⁵² de la Convención establece el “*derecho a la comunicación consular*”, consagrando la facultad recíproca que tienen los funcionarios consulares y los nacionales del Estado al que pertenecen, de comunicarse y visitarse libremente (artículo 36.1.a), así como también que éstos últimos puedan solicitar a las autoridades competentes del Estado receptor que informen sin retraso alguno a la oficina consular acerca de su detención o

¹⁵² Artículo 36, Convención de Viena:

“1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

privación de libertad (artículo 36.1.b), pudiendo para ello adoptar diversas medidas (artículo 36.1.c).

El ejercicio de estos derechos en el contexto del proceso penal es fundamental para asegurar y garantizar un adecuado acceso a la justicia de todos los intervinientes extranjeros, ya sean imputados o víctimas.

La comunicación que nuestro país debe realizar al detenido o a la víctima extranjera debe ser sin demora, ya que el inicio de la investigación penal es una etapa crítica, en donde la víctima y el imputado deben estar en condiciones de ejercer adecuadamente los derechos que contempla la ley chilena y los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país. La Corte Interamericana de (Corte IDH) se ha manifestado, señalando que *“el derecho a la comunicación consular es una garantía del debido proceso y que resulta determinante en el ejercicio de derechos tan importantes como la libertad personal”*¹⁵³.

III.10.2. Solicitudes de asistencia consular

Se ha impuesto como uno de sus principales objetivos que víctimas e imputados, sean informados, al momento de su detención o denuncia, del derecho a la asistencia consular, la cual está condicionada a la voluntad del individuo interesado.

A continuación veremos un cuadro estadístico realizado en conjunto por Carabineros y PDI, que da cuenta de las solicitudes de asistencia consular solicitadas el año 2015.

¹⁵³ Opinión Consultiva N° 16. “Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal” (1999, párrafos 106, 86 y 122). Corte Interamericana de Derechos Humanos

SOLICITA ASISTENCIA	DETENIDOS	VÍCTIMAS	TOTAL	% DEL TOTAL
No	3.857	4.660	8.517	77 %
Si	1.547	930	2.477	22 %
Se ignora	11	58	69	1 %
Total	5.415	5.648	11.063	100%

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

III.11. Migrantes y extranjeros en el sistema penal. Cifras generales.

De acuerdo a cifras del DEM, existen alrededor de 477 mil migrantes residentes, lo que equivale al 2,7% de la población total en Chile. Ahora, ¿cuántos de estos extranjeros fueron detenidos por cometer algún delito?

Según señala el último boletín estadístico de la Mesa Interinstitucional de Acceso de Migrantes y Extranjeros a la Justicia Penal, (en adelante La Mesa), conformada por la Fiscalía, Defensoría Penal Pública, Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Policía de Investigaciones, Carabineros e Instituto Nacional de Derechos Humanos, correspondiente al año de 2015, se observa que 5.415 migrantes fueron detenidos por las policías, lo que equivale al 1,1% del universo de detenciones realizadas en Chile. Respecto a los ilícitos denunciados en el 2015 que involucran a extranjeros llegaron a 4.299, lo que equivale al 0,3% del total de denuncias registradas ese año a nivel país por la Fiscalía Nacional (1.288.526).

SUJETO	2014	2015	% VARIACIÓN
Detenidos	5.740	5.415	-6 %
Víctimas	4.961	5.648	14%
Total	10.701	11.063	3,3%

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Tenemos como resultado que el total de extranjeros y migrantes que se enfrentaron al sistema penal chileno, en calidad de víctimas¹⁵⁴ o detenidos¹⁵⁵, es de 11.063 individuos, lo que representa un aumento comparativo de 3,3% respecto de 2014.

Se observa una variación negativa en las cifras de detenidos de 2014 al 2015, dando cuenta de una menor cantidad de detenciones de personas extranjeras y migrantes en 2015. Respecto a las víctimas se aprecia un aumento significativo en el último año.

III.11.1. Distribución por Género.

GÉNERO	2014		2015	
	DETENIDOS	VÍCTIMAS	DETENIDOS	VÍCTIMAS
Femenino	1.686	2.486	1.434	3.006
Masculino	4.054	2.469	3.981	2.641
No Informa	0	6	0	1
Total	5.740	4.961	5.415	5.648

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

El total de mujeres que se relacionó con el sistema penal como víctima o detenida en el 2015 fue de 4.440 personas. Correspondiendo a víctimas el 67,7 % y a detenidas un 32,3%.

El total de hombres que se relacionó con el sistema penal en el 2015 fue de 6.622 individuos. Correspondiendo a víctimas el 39,88% y a imputados un 60,12%.

En el 2015, los hombres participaron 20% más que las mujeres en el sistema penal. Se destaca, el aumento significativo de las mujeres víctimas.

¹⁵⁴ Víctimas: aquellas respecto de las cuales las policías han recibido denuncia por crimen, simple delito o falta, sin considerar el resultado final de ese procedimiento.

¹⁵⁵ Detenidos: todas las personas aprehendidas por Carabineros a partir de algún crimen, simple delito o falta, independiente del proceso judicial que le siga y del resultado de dicha imputación.

Distribución por Género y Edad.

EDAD	GÉNERO EXTRANJEROS ENFRENTADOS AL SISTEMA PENAL CHILENO								
	FEMENINO			MASCULINO			SIN INFORMACIÓN		TOTAL GENERAL
	DETENIDOS	VÍCTIMAS	TOTAL	DETENIDOS	VÍCTIMAS	TOTAL	VÍCTIMAS	TOTAL	
Mayor de Edad	1.180	1.920	3.100	3.058	1.584	4.642			7.742
Menor de Edad	9	331	340	52	123	175	1	1	516
Total General	1.189	2.251	3.440	3.110	1.707	4.817	1	1	8.258

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Vemos que en su gran mayoría, tanto en hombres como en mujeres las detenciones se practican en mayores de edad.

III.11.2. Distribución de acuerdo a nacionalidad.

Principales países de origen de las personas detenidas en 2015.

NACIÓN	DETENIDO	% DEL TOTAL (5.415)
Argentina	328	6,1 %
Bolivia	1.844	34 %
Colombia	1.097	20 %
Ecuador	113	2,1 %
Perú	1.460	27 %
Rep. Dominicana	136	2,5 %
Total General	4.978	92 %

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Principales países de las víctimas en 2015.

NACIÓN	VÍCTIMA	% DEL TOTAL (4.158)
Argentina	743	18%
Bolivia	708	17%
Colombia	789	19%
Perú	1.381	33%
Total General	3.621	87%

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Los países de origen con mayor número de detenidos coinciden entre 2014 y 2015, al igual que las víctimas, manteniéndose la tendencia.

III.11.3. Distribución de acuerdo a la región.

REGIÓN	DETENIDO			VÍCTIMA				TOTAL GENERAL
	FEMENINO	MASCULINO	TOTAL	FEMENINO	MASCULINO	NO INFORMA	TOTAL	
I Región	370	790	1.160	234	153		387	1.547
II Región	188	569	757	393	257		650	1.407
III Región	68	172	240	77	74		151	391
IV Región	54	117	171	102	86		188	359
V Región	59	212	271	262	346		608	879
VI Región	17	79	96	47	63		110	206
VII Región	13	35	48	50	63		113	161
VIII Región	22	56	78	92	88		180	258
IX Región	20	103	123	86	181		267	390
X Región	9	27	36	21	24		45	81
XI Región	11	18	29	27	39		66	95
XII Región	24	70	94	167	87		254	348
XIII Región	195	828	1.023	1.188	905	1	2.094	3.117
XIV Región	15	32	47	42	44		86	133
XV Región	369	873	1.242	218	231		449	1.691
Total	1.434	3.981	5.415	3.006	2.641	1	5.648	11.063

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Las que destacan son la Metropolitana, la de Arica y Parinacota, Tarapacá, y Antofagasta, que concentran 70% de los extranjeros que enfrentan al sistema penal chileno.

REGIÓN	AÑO 2014	AÑO 2015	Δ %
I Región Tarapacá	1.291	1.547	20 %
II Región Antofagasta	2.017	1.407	- 30 %
XIII Región Metropolitana	2.681	3.117	16 %
XV Región Arica Parinacota	2.020	1.691	- 16%
Total General	8.009	7.762	- 3 %

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Comparativamente con el año anterior, se reiteran las regiones con las cifras más destacadas. Sin embargo, para 2015 existe un aumento en la Región Metropolitana y la de Tarapacá, disminuyendo a su vez en las de Arica y Parinacota y Antofagasta.

III.11.4. Distribución por Delitos

En la siguiente tabla, se indica que los delitos económicos, de drogas, hurtos, lesiones, de leyes especiales y robos concentran el 69% de los delitos por los cuales se ven involucradas personas extranjeras, tanto en calidad de detenidos como víctimas, manteniéndose la tendencia observada en 2014.

También da cuenta de aquellos casos en que se solicitó asistencia consular, indicando que dichas solicitudes provienen, en mayor número, de delitos asociados a drogas y leyes especiales.

FAMILIA DE DELITOS	NO	SÍ	SIN INF	TOTAL
Contra la Fe Pública	69	21		90
Contra la Libertad e Intimidad de las Personas	668	144	3	815
Contra la Propiedad	276	45	1	322
Cuasidelitos	148	4		152
Delitos Económicos	931	157	1	1.089
Delitos Funcionarios	18	4		22
Delitos Sexuales	267	151	1	419
Drogas	697	539		1.236
Faltas	186	19		205
Hechos de Relevancia Criminal	333	88		421
Homicidios	54	31	1	86
Hurtos	950	125	2	1.077
Justicia Militar	3	1		4
Lesiones	868	149	1	1.018
Ley de Tránsito	416	79		495
Leyes Especiales	1.218	634	1	1.853
Otros	171	45	50	266
Otros Delitos	89	8		97
Propiedad Intelectual	8	3		11
Robo	1.147	230	8	1.385
Total General	8.517	2.477	69	11.063

Fuente: Boletín Estadístico N° 2, Mesa Interinstitucional de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros

Esta información obtenida gracias a la labor conjunta de las instituciones policiales, constituye un importante insumo para el diseño de políticas públicas que permitan mejorar el acceso a la justicia de los extranjeros en nuestro país.

Es importante tener presente que las cifras abarcan globalmente dos categorías en relación con la población extranjera: la de migrante y la de extranjero, considerando que en el primer caso existe la voluntad de permanencia, lo que no necesariamente es así en relación con el extranjero. Esta diferencia resulta relevante para el caso de determinados delitos que son cometidos preferentemente por personas extranjeras transeúntes.

III.12. La Expulsión. Privación de la libertad ambulatoria.

El Catálogo de Sanciones del Departamento de Extranjería, define a la expulsión como una *“sanción que consiste en el abandono obligado del país del extranjero que incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley y Reglamento de Extranjería”*.

Dentro de sus características, encontramos:

- Es una sanción impuesta por un órgano administrativo con atribución legal: el Ministerio del Interior o el Intendente Regional, según lo establecen los artículos 84 de la Ley de Extranjería y 167 del Reglamento respectivo,

- Consiste en expulsar del territorio nacional al infractor, lo que implica de manera efectiva una lesión o menoscabo de derechos, como es la libertad ambulatoria que se ve afectada al exigirse el abandono del territorio nacional;

- La expulsión aparece como una reacción a la contravención de determinados deberes que se exigen para los migrantes, establecidos en la Ley de Extranjería.

- Parece además tener como única finalidad la represión de un ilícito administrativo.

A nuestro parecer, corresponde a una sanción administrativa, la que debiese ser precedida de un Procedimiento Administrativo Sancionador, el que a su vez debe cumplir con los estándares propios del debido proceso.

En general los Estados utilizan a la expulsión como una herramienta contra los inmigrantes, legales o ilegales, que atenten de alguna manera contra el orden jurídico interno del país o cuando así lo entienda el Estado expulsor.

El art. 19 N ° 7 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, agregando en su letra b) que *“nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta, restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*, lo que debe entenderse a la

luz de los Tratados Internacionales relativos a esta materia, como lo dispone el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

Las normas del bloque constitucional que regulan este derecho, establecen una reserva legal para sus limitaciones. Es decir, como todo derecho, el de libertad ambulatoria puede ser restringido, pero bajo condición de que lo sea de acuerdo a una norma con un determinado rango: la ley. En atención a esta materia, el profesor Evans de la Cuadra ha mencionado que *“Debe tenerse presente que al hablar la Constitución de privación o restricción de la libertad personal se está refiriendo a todo acto de autoridad que conculque los derechos de permanencia en cualquier lugar del país, de viajar por él, de cambiar de residencia, de salir y entrar al territorio nacional y, en general, que coarte el derecho de vivir en libertad y, por lo tanto, la detención, la radicación obligatoria, expulsión de un lugar o del país y, en general, las medidas de destierro, relegación, confinamiento y extrañamiento sólo pueden imponerse en los casos y con las exigencias formales y sustantivas de un justo y racional proceso regulado por la ley, desde su comienzo hasta la sentencia final”*¹⁵⁶.

III.13. Análisis Jurisprudencial. Tendencias de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones respecto a la expulsión de Migrantes.¹⁵⁷

A través de la exposición de algunos fallos, daremos cuenta de los principales criterios evaluados y las directrices entregadas por los tribunales de mayor jerarquía del país, relacionados con órdenes de expulsión dictadas contra extranjeros que han

¹⁵⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. “Los derechos constitucionales”. 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2004. 180p.

¹⁵⁷ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *“Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Extranjeros y Migrantes”*. Departamento de Estudios y Proyectos, Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas. Defensoría Penal Pública, 2013. [en línea] <http://www.dpp.cl/resources/upload/1d89ca362f89b6fe020b7b7df6c69d99.pdf>. [consulta: 8 junio de 2016]. Este apartado se ha realizado basándose en dicho informe.

impugnado dicha medida a través de recursos de Amparos y Reclamaciones Judiciales establecidas en el artículo 89 del DL. 1094 (Ley de Extranjería).

III.13.1. Expulsión de extranjero y afectación de la familia.

La medida de expulsión que desatiende la ponderación de otros antecedentes como la afectación de la integridad de la familia, la falta de interés público de la infracción, la ausencia de antecedentes negativos del expulsado o la confianza creada por la autoridad en el afectado respecto a su permanencia definitiva, infringe el principio de proporcionalidad.

En esta sentencia, la Corte Suprema indica que en caso de cumplir con los requisitos para dictar la orden de expulsión, no por ello se deberá imponer la sanción más drástica que tal disposición contempla, ya que dicho articulado es de carácter de facultativo y no obligatorio.

“Que, en otro orden de ideas, la circunstancia que doña Virginia Serra Lenti se encuentre en “situación irregular en el país” desde el 29 de agosto de 2009, lo que facultaría a la recurrida para disponer alguna de las medidas que preceptúa el artículo 71 del Decreto Ley N° 1094, de 1975, a juicio de esta Corte, no la habilita para imponer a la reclamante la sanción más drástica que tal disposición contempla, la que por lo demás tiene el carácter de facultativa y no obligatoria, tornándose de acuerdo al mérito de estos antecedentes, en una decisión que infringe el principio de proporcionalidad que rige en materia sancionatoria en nuestro régimen jurídico. En efecto, el artículo 1° de la Constitución Política de la República estatuye que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y es deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como el propender al fortalecimiento de ésta, amén que proclama que debe estar al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, derechos también consagrados por diversos tratados internacionales relativos a la protección de la familia, motivo por el que, en caso

de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre, se producirá la disgregación del núcleo familiar de la recurrente, quien vive en Chile con su cónyuge, también de nacionalidad venezolana, y dos hijas matrimoniales, una de las cuales, la menor, tiene nacionalidad chilena”¹⁵⁸.

La Corte de Apelaciones de Santiago, años después, reitera dicho razonamiento, indicando que el artículo 17 del DL 1094, no obliga a la expulsión y ésta debe interpretarse restrictivamente. En este caso, señaló que también deben ser considerados lo establecido en la Constitución y la Convención de Derechos del Niño, normativa que indica proteger a la familia y los derechos de la hija del expulsado.

“Si bien lo expresado atinge directamente al amparado A.R.B.M., no es posible prescindir de lo que empecé a las también amparadas M.E.A.M. y R.F.B.A., cónyuge e hija, respectivamente. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 de la carta primera, es la familia el núcleo fundamental de la sociedad.

Tratándose de un niño, el Estado de Chile ha suscrito la Convención Internacional que en 1.989 estableció sus derechos, que fija como derrotero sine qua non el de su interés superior en todos los asuntos y decisiones en que deban intervenir las autoridades y órganos públicos, entre los cuales ciertamente los tribunales, por manera que nunca éstos habrán de decidir sin considerar primordialmente tal interés superior. Para calibrar la comparecencia en la especie de semejante interés, debe atenderse al tenor del artículo 9 de la Convención, que obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres. Consciente está esta Corte que la expulsión tiene como sujeto exclusivo a A.B., lo que no quiere decir que su consumación haya de conllevar la disgregación de su matrimonio y, de hecho, de su paternidad. Elementos éstos que los juzgadores no pueden dejar de lado a la hora de sopesar hasta qué punto la situación que el recurso plantea amerita mantener

¹⁵⁸ CORTE SUPREMA, 8 de junio de 2010. Rol: 3.867-10. Cons. 5º. Mismo sentido: C.S. 9 de septiembre de 2013, Rol: 6.650-2013. C.S. 6 de enero de 2014, Rol: 17.007-2013

una sanción que por los motivos que se ha venido desarrollando, parece forzar en demasía el esquema jurídico aplicable.¹⁵⁹”

En este caso, aplicando el mismo criterio, la Corte de Apelaciones de Santiago, estimó que el tiempo transcurrido entre la orden de expulsión y su notificación, la transforma en desproporcionada, irracional e inoportuna, tomando en consideración al daño familiar que en la actualidad provocaría.

“Que nos encontramos aquí ante una situación en la que no puede desconocerse que el afectado observó en estos dieciocho años una conducta irreprochable en el ámbito penitenciario, obtuvo beneficios en ese orden, y formó una familia que se desintegrará de cumplirse tardíamente el mandato de la autoridad administrativa. El informe de la Intendencia Regional Metropolitana, por lo demás, señala en términos explícitos que no desconoce la situación familiar del recurrente, cuyo núcleo familiar está compuesto por su pareja chilena y dos hijas menores de la misma nacionalidad, quienes claramente se han visto afectadas con la resolución que se impugna. Esta Corte, en tutela de la libertad personal severamente perturbada por el acto recurrido, se encuentra en posición de discernir si debe prevalecer la persona y libertades del condenado F.S. y los intereses de la familia que éste ha formado – familia que merece tutela, protección y fortalecimiento desde el mismo artículo 1° de la Carta Fundamental - , o si, por el contrario, es tarea que debe ejecutarse por parte de la autoridad de manera insoslayable el hacer que prevalezca y se respete la legislación migratoria vigente a la que los nacionales y extranjeros deben quedar sujetos sin distinción alguna. Siendo jurídicamente admisibles ambas posturas, en parecer de estos sentenciadores, la inexplicable tardanza en notificar el acto de expulsión que pesaba en contra del recurrente, unida a los notables cambios de circunstancias personales y familiares vividas en estos años por F.S., han llevado naturalmente a tener por establecido que el

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA, 23 de julio de 2013. Rol: 1244-2013, Cons. 10° Mismo sentido: C.S. 9 de enero de 2013, Rol: 66- 2013; C.S. 23 de enero de 2013, Rol: 400- 2013; C.S. 30 de enero 2013, Rol: 9075-2012; C.S. 22 de abril de 2013, Rol: 2311- 2013; C.S. 16 de mayo de 2013, Rol: 3057- 2013; C.S. 27 de mayo de 2013, Rol: 3436- 2013.

*fundamento de hecho que se tuvo a la vista al ordenarse la expulsión de éste del territorio nacional ha desaparecido por completo”.*¹⁶⁰

III.13.2. El decreto de expulsión debe cumplir requisitos de proporcionalidad y racionalidad.

Además de exigir el cumplimiento de los requisitos que proceden para dictar el decreto de expulsión, se deben evaluar una serie de circunstancias, las cuales tienen que ser examinadas caso a caso, ya que la aplicación de esta medida, se debe realizar de forma excepcional, bajo estrictos criterios de proporcionalidad y racionalidad debido a su dictación afecta un derecho fundamental, la libertad personal.

En la siguiente jurisprudencia emanada de la Corte Apelaciones de Santiago, manifiesta que no cualquier delito da lugar a la expulsión, si no que deben ser de aquellos que responde a fundados criterios de gravedad y peligro para nuestra sociedad. Por ello indica que la apreciación de los hechos como atentatorios contra la moral y las buenas costumbres, debe hacerse racionalmente y, compatibilizándola además, con los derechos fundamentales del individuo. Así un delito contra la propiedad intelectual no se encuentra dentro de los casos señalados en el Art. 15 N° 2 del DL 1094.

“Que, salvo en aquellos casos claramente tipificados en la norma del artículo 15 N° 2, la apreciación de los hechos como atentatorios contra la moral y las buenas costumbres, debe hacerse racionalmente y, compatibilizándola además, con los derechos fundamentales del individuo, Por lo tanto, en este escenario, la autoridad debe hacer un ejercicio de evaluación de la conducta que sirve de causa a la expulsión, que dé cuenta de su gravedad e inconveniencia social, que la hagan susceptible de rechazo para permanecer en el país, lo que implica ponderar los antecedentes delictuales del amparado, teniendo en cuenta la identidad de los delitos que justifican la expulsión, en armonía además con

¹⁶⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 14 de enero de 2013, Rol: 2531-2012. Cons. 5°.

aquellos otros que el mismo legislador define y cuya gravedad merece toda consideración.”

“Que, atendido los conceptos expuestos, y para resolver, aparece que los ilícitos por los cuales se condenó al recurrente de amparo datan del año 2006; el tipo penal que le sirve de antecedente es un simple delito, no constituyendo ninguno de aquellos que se identifica en el artículo 15 N° 2 del DL 1094/75 y no se trata de un hecho cuya gravedad y consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo e inconveniencia de su permanencia en el territorio nacional, aspectos que llevan a concluir que no se advierte que los hechos que se imputan como causal de expulsión de R.O. sea suficientes para calificarlo como atentatorio a la moral y a las buenas costumbres. Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y en los artículos 21 y 64 del DL N° 1094 de 1975 de Extranjería, se acoge el recurso de amparo.¹⁶¹”

En la siguiente jurisprudencia, la Corte Suprema, razonando de acuerdo a los principios de de proporcionalidad y racionalidad de la medida, considera que tener antecedentes penales de antigua data en país de origen, no puede ser causal de una orden de expulsión.

“Que el mencionado decreto se ampara en lo previsto en los artículos 67 inciso final, 84, 89 y 90 del Decreto Ley N° 1094, a consecuencia de haberse rechazado la solicitud de visación presentada por la amparada, porque ella no cumpliría “suficientemente” los requisitos señalados por la ley de Extranjería, según se lee de la Resolución Exenta N° 36571 de fs. 51, donde se explica que “conforme a lo dispuesto en el artículo 138 inciso final del Reglamento de Extranjería, es procedente el rechazo de esta solicitud, en atención a que, por Carta se ha informado que la extranjera fue condenada en su país de origen por el delito de hurto agravado”.

¹⁶¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2 de julio de 2013. Rol: 1091-2013. Cons. 7º y 8º. Mismo sentido: C.S. 16 de septiembre de 2010; Rol: 6733- 2010; C.S. 9 de enero de 2013, Rol: 66-2013; C.S. 23 de enero de 2013, Rol: 400-2013; C.S. 22 de abril de 2013, Rol: 2373-2013; C.S. 16 de mayo de 2013, Rol: 3057-2013.

El inciso final del precepto citado, consigna como causa de rechazo de una solicitud de permanencia las razones de conveniencia o utilidad nacionales. Tales definiciones son conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que a ellos debe otorgarse un contenido concreto por parte de la autoridad que los utiliza. Dentro de ese contexto, surge que los conceptos en examen tienen relación con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general, de la Nación. Sin embargo, el acto irregular que motivó la decisión de revocación del permiso, orden de salida y posterior abandono del país, respecto de la amparada, no aparece como una trasgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, desde que se trata de un hecho que aparece como aislado en la vida de una persona y cometido hace más de diecisiete años.

Lo anterior lleva a concluir que las decisiones que se han emitido por la autoridad administrativa y que tienen como base la comisión de un hecho delictivo de antigua data, son desproporcionadas en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. Ello torna en ilegal y arbitraria la decisión de rechazar el permiso de permanencia solicitado por la amparada y, consecuentemente, la orden de salida y posterior decreto de expulsión.¹⁶²”

En otro caso, la Corte Suprema acoge recurso de amparo por considerar arbitrario decretar la expulsión, fundado en el presupuesto económico que una persona dispone para su mantención en el país.

“Que por las razones esgrimidas, la decisión de devolver a la amparada a su país de origen apoyada en el hecho de que no portaba los medios suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, fue ilegal y arbitraria y vulneró la libertad de desplazamiento de la amparada, siendo ilegal también la

¹⁶² CORTE SUPREMA, 18 de marzo de 2013. Rol: 1413-2013. Cons 3º.

retención de su documentación, razones por las cuales el recurso interpuesto será acogido.¹⁶³”

III.13.3. Expulsión de extranjero debe respetar la presunción de inocencia y debido proceso

Este fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, establece que decretar la expulsión en base a que el extranjero fue sometido a una suspensión condicional del procedimiento, es arbitraria e ilegal, pues vulnera el principio de presunción de inocencia.

“Que si bien es cierto, la Resolución Exenta N° 367, se fundó en una causal contemplada en el Reglamento de Extranjería, cual es, razones de conveniencia o utilidad nacional, dictada por una autoridad en uso de su potestad discrecional, su fundamentación basada en la suspensión condicional del procedimiento, acordada en favor de la amparada, resulta arbitraria e ilegal, toda vez que significa vulnerar el principio de inocencia que le asiste a la imputada, el que sólo podría verse afectado si la suspensión fuere revocada cuando aquella incumpliere sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos (artículo 239 del Código Procesal Penal) y se dictare sentencia condenatoria en su contra¹⁶⁴”.

III.13.4. La expulsión debe dictarse por autoridad competente y en los casos previstos por la ley.

¹⁶³ CORTE SUPREMA, 4 de junio de 2013, Rol: 3563-2013. Cons. 5º

¹⁶⁴ CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. 8 de junio de 2012, Rol: 12-2012. Cons. 7º.
Mismo sentido: C.S. 4 de junio de 2013, Rol: 3214-2013; C.S., 17 de abril de 2012, Rol: 2968-2012.

En la siguiente jurisprudencia emanada de la Corte de Apelaciones de Arica se precisan las facultades de la Policía de Investigaciones, indicando que si bien tiene facultades para impedir ingreso de quienes no cumplen requisitos legales, si los extranjeros se encuentran en el país, solo procede expulsión y el órgano competente para decretarla es el Ministerio del Interior o la Intendencia regional, respectivamente.

“Que, en consecuencia, a juicio de esta Corte, la Policía de Investigaciones de Chile, en el presente caso, carece de facultades para expulsar del país a los extranjeros que hayan ingresado en calidad de turistas y sean sorprendidos efectuando labores remuneradas sin estar autorizados al efecto, lo que amerita una sanción pecuniaria que debe ser impuesta por el Ministro del Interior, por resolución administrativa, o por los Intendentes Regionales en su caso, la que es susceptible de ser impugnada administrativa y judicialmente por el afectado, autoridades que son las únicas facultadas para decretar la expulsión de los infractores del país¹⁶⁵”.

La Corte Suprema acoge reclamación, señalando que la Intendencia sólo puede decretar expulsión de extranjero que ingresa con visa de turista. La expulsión de extranjero sometido a residencia sujeta a contrato, solo puede ser decretada por Ministerio del Interior.

“La Corte Suprema acoge reclamo interpuesto por Y.A.C. en contra del decreto por el que la Intendencia de Coquimbo resolvió su expulsión. Tal como señala el artículo 84 del DL 1094 la expulsión solo puede decretarse por el Ministerio del Interior y por orden el presidente. Excepcionalmente, también puede hacerlo el Intendente, cuando se trate de extranjeros con visa de turista”. No siendo el caso de la reclamante, que tenía visa de contrato de trabajo, el decreto fue dictado por autoridad no competente¹⁶⁶.

¹⁶⁵ CORTE DE APELACIONES DE ARICA. 3 de febrero de 2010, Rol 8 – 2010. Cons 8º.

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA. 15 de septiembre de 2011, Rol: 8759-2011. Cons. 4º

III.13.5. Privación de libertad de los migrantes mientras se ejecuta su decreto de expulsión.

Previo a la exposición de nuestra jurisprudencia, debemos tener presente lo indicado por la Corte IDH, la cual señala: *“La detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible. [...] En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”*¹⁶⁷.

Ante ello, la normativa de nuestro país ha regulado la expulsión indicando que si el extranjero se encuentran privados de libertad mientras se ejecuta el decreto de expulsión, dispone de un plazo de 24 horas para ejecutar la expulsión. Se autoriza a adoptar restricciones y privaciones de libertad del afectado solo en los casos “que sean estrictamente necesarias” con el único fin de propender al cumplimiento de dicha medida. Esta privación de libertad tiene un carácter estrictamente funcional o instrumental a la ejecución de los decretos o resoluciones de expulsión.

“Que si bien la normativa que rige la materia -Decreto Ley N° 1.094 de 1975 y el Decreto N°597 que contiene el Reglamento de Extranjería establece que la medida de expulsión que afecta a una persona extranjera debe hacerse efectiva dentro de 24 horas desde que le fue notificada, sin que exprese intención de reclamarla o el reclamo fuere desestimado, las posibles restricciones a su libertad que tal procedimiento pudiere acarrearle no pueden exceder los límites naturales de la razonabilidad y proporcionalidad, dentro del contexto inherente

¹⁶⁷ Corte IDH. “Vélez Loor contra Panamá”, Óp. Cit., párr. 171

al respeto de sus derechos fundamentales, entre los cuales destaca, en primer lugar, su libertad personal.

Que en el caso de autos, la situación de hecho que antecedió y acompañó a la privación de libertad de la amparada -entre el 20 de enero del año en curso y el 14 de marzo último, sin haber podido ejercer el derecho a reclamo ni el de contar con defensa, en condiciones materiales muy limitadas e indignas- pone en evidencia que esa privación no cumplió con los requisitos señalados, en términos que permiten afirmar, sin lugar a dudas, que fue ilegal y arbitraria; tal como, por lo demás, lo concluye el fundamento décimo de la resolución en alzada¹⁶⁸.

Mismo criterio fue invocado por la Corte de Apelaciones de Santiago, reiterando que la detención para efectos de expulsión es excepcional y sólo procede si es necesaria. Debe ejecutarse en condiciones dignas y está sujeta al control jurisdiccional.

En este caso, abogados de la CAJ interpusieron una acción de amparo constitucional por la privación de libertad ilegal que fueron víctimas 18 personas, todos de nacionalidad extranjera, quienes permanecieron recluidos en dependencias de la Policía de Investigaciones de Chile, "Cuartel Borgoño" por mucho más tiempo del establecido en la Ley y en condiciones indignas. Ante ello, la Corte Suprema considero que:

"Prescindiendo, por ahora, de los reparos de constitucionalidad que pudiera hacerse al citado artículo 176 por su jerarquía meramente reglamentaria, lo cierto es que, si la regla legal antes aludida dispone un plazo de 24 horas para ejecutar la medida de expulsión que haya podido ordenarse por la autoridad competente y la norma reglamentaria transcrita sólo autoriza para adoptar restricciones y privaciones de libertad del afectado "que sean estrictamente necesarias" para propender al cumplimiento de dicha medida, surge como corolario inevitable que, en situaciones como ésta, la afectación de la libertad personal no puede extenderse más allá del mencionado plazo de 24 horas. Lo

¹⁶⁸ CORTE SUPREMA, 1 de abril de 2013, Rol: 1.802-2013. Cons. 1º y 2º. Mismo sentido: C.S. 4 de junio de 2012, Rol: 4.000-2012; C.S. 21 de marzo de 2011, Rol: 866-2011

que se dice, se explica porque ese es el término perentorio que la ley ha señalado para llevar a cabo la expulsión y porque la privación de libertad de que se trata se ha consultado con un carácter que resulta estrictamente funcional o instrumental a la ejecución de los decretos o resoluciones de expulsión. Entonces, si la expulsión debe ejecutarse en 24 horas, se debe concluir que la detención, cuyo único objeto es propiciar su cumplimiento, no puede superar ese plazo. Sigue a ello indicar que es evidente que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, desde que importa la afectación de un derecho fundamental. Ahora bien, tal excepcionalidad se incrementa todavía más cuando se trata de detenciones de esta índole, que no están visadas por autoridad judicial alguna. Por lo mismo, han de sujetarse al tiempo mínimamente posible, sin que – en caso alguno - puedan extenderse más allá de los límites que la propia ley ha indicado, esto es, las mencionadas 24 horas. De no entenderse así, carecerían de sentido y de eficacia los mecanismos protectores del derecho fundamental;”

“En tales circunstancias, resulta de toda evidencia que, merced a una prolongación carente de juridicidad, racionalidad, de justificación y que sobrepasa toda proporcionalidad, han sido indebida e ilegalmente privadas de su libertad las señaladas personas. No hay racionalidad ni justificación, porque prácticamente todos ellos estaban cumpliendo los controles a que se refieren los artículos 164 y 165 de la Ley de Extranjería, de modo que, amén de ilegal, la privación de libertad resulta desproporcionada e innecesaria. Eventualmente, pudiera entenderse que “la fase de cumplimiento” de las expulsiones o que la “espera de la materialización” de tales medidas tenga demoras de 15, 16, 18, 19 ó 22 días, por la necesidades de coordinación, de compra de pasajes o de asignación de equipos policiales, pero con las personas en libertad. Jamás reclusos por todo ese lapso. En esa virtud, con apego a lo prescrito en el artículo 21 de la Carta Fundamental, al verificarse en la especie una vulneración ilegal de la libertad personal, debe esta Corte adoptar las medidas conducentes

para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de los afectados¹⁶⁹.

III.13.6. Privación de libertad por su situación migratoria, debe realizarse en un recinto adecuado y en lugares distintos a los de personas detenidas por delitos penales.

En este caso, extranjeros fueron *mantenidos*, privados de su libertad, en dependencias del Cuartel Policial de calle General Borgoño. La Corte Suprema solicitó como diligencia la inspección personal del tribunal, verificando las condiciones del recinto, en donde estos extranjeros se encuentran detenidos por su situación migratoria.

“De acuerdo con la información reunida en esta causa, particularmente, según consta de la acción ejercida a fojas 10, de los informes evacuados por las autoridades respectivas y de la diligencia de inspección personal practicada por esta Corte al cuartel policial de la Policía de Investigaciones de Chile, se comprueban determinados hechos relativos a la situación de los amparados, que cabe dejar expresamente consignados:

1.- Todas las personas aludidas son mantenidas, privadas de su libertad, en dependencias del Cuartel Policial de calle General Borgoño 1204, de la Policía de Investigaciones de Chile.

2.- El recinto a que se hace referencia corresponde a una serie de celdas dotadas de acondicionamientos mínimos y que, conforme pudo verificarse por el tribunal, están exclusivamente implementadas para la mantención provisional de personas privadas de libertad, esto es, para “detenidos en tránsito”. Expresado en otros términos, no están diseñadas ni cuentan con las condiciones elementales para privaciones prolongadas de libertad,

¹⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 9 de marzo de 2013, Rol: 351-2013. Cons. 9º y 11º.

precisamente porque no es un recinto carcelario sino que uno de detenciones que, como tales, están llamadas a ser necesariamente transitorias;

3.- Cada uno de los amparados mencionados en el escrito de fojas 10 permanece o permaneció detenido en dicho lugar, desde distintas fechas, que median entre el día 17 de febrero y el día 22 de febrero de este año 2013, extremos que figuran debidamente especificados en el informe de fojas 95 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, de fojas 95 y en el evacuado a fojas 106 por la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile, a los que cabe remitirse para estos efectos;

4.- A lo indicado debe añadirse la situación de CBGO, JCG y SGAT, quienes aparecen detenidos en ese recinto desde los días 4 de marzo, 22 de febrero y 4 de marzo, todos de 2013, respectivamente”.

“Por lo pronto, conforme pudo verificarlo esta Corte, las condiciones en que se han ejecutado las privaciones de libertad son del todo inadecuadas e indignas para cualquier persona (los detenidos están virtualmente hacinados, deben dormir en el suelo, permanecen encerrados prácticamente todo el día, saliendo de sus celdas ocasionalmente para asearse o acudir al baño, el lugar es sombrío y con escasa ventilación, etcétera). Empero, en lo que resulta mucho más relevante para estos fines, se ha conculcado gravemente el derecho fundamental a libertad personal de cada uno de los amparados, porque se ha excedido con creces el plazo máximo de 24 horas de detención, porque no se han guardado las formalidades legales y, por lo mismo, porque se incurrió en irregularidades que no pueden ser toleradas¹⁷⁰”.

En otro caso de similares características la Corte Suprema falló:

“Que en relación a las circunstancias del encierro, si bien no se ha podido determinar con certeza que ellas fueran atentatorias de la dignidad humana, lo

¹⁷⁰ CORTE SUPREMA, 9 de marzo de 2013, Rol: 351-2013, Cons. 6º y 10º.

cierto es que el recinto donde permaneció, detenida la amparada conforme pudo constatar esta Corte, no es apto para detenciones de larga estadía desde que no cuenta con las condiciones básicas que permitan el desarrollo normal y cotidiano de la vida, en prisión, considerando además que en casos de privación de libertad el único derecho afectado es la libertad¹⁷¹.

¹⁷¹ CORTE SUPREMA, 1 de abril de 2013, Rol: 1.802-2013. Cons 9º.

CONCLUSIONES

El fenómeno migratorio es una realidad tanto en nuestro país como en muchos otros, situación que presenta un escenario heterogéneo y de alto grado de complejidad debido a que abarca múltiples dimensiones, entre ellas sociales, económicas, políticas y jurídicas.

Es deber del Estado enfrentar este fenómeno, generando políticas públicas, mecanismos y normativa que tenga presente el respeto a los derechos humanos, estableciendo distinciones objetivas, proporcionales y razonables, lo cual garantizará el desarrollo de una migración segura en nuestro territorio.

Nuestra principal normativa para regular este fenómeno es DL N°1.094, creado en un contexto histórico y político en el que predominaba la doctrina de la seguridad nacional, de redacción imprecisa y que deja importantes decisiones al alero discrecional de la autoridad administrativa, lo que en muchos casos termina en resoluciones arbitrarias y desproporcionadas. Por ello, varias de sus normas han sido objetadas por el TC, el cual se ha manifestado que *"se trata de una norma preconstitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno"*¹⁷².

Junto a la Ley de Extranjería, se ha dado aplicación a normativa referente a migrantes contenida en varios tratados internacionales ratificados por nuestro país, introduciendo limitaciones y redefiniendo los contenidos del D.L. a la luz de los nuevos compromisos asumidos por el Estado.

El principio de igualdad y no discriminación se ha transformado en un pilar fundamental del derecho internacional de derechos humanos, ya que exige a los

¹⁷² Estudios Constitucionales, Año 2013, N° 2, pp. 769 - 782. Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2273-12 sobre inaplicabilidad de normas del D.L. N° 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile. [en línea] <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art21.pdf>. [consulta: 22 de enero de 2017]

Estados, reaccionar activamente respecto a la especial situación de vulnerabilidad de los migrantes que llegan al país.

El problema se origina en el ámbito administrativo, ya que el DL N° 1.094 les entrega amplias facultades a la autoridad, quienes reinterpretan la norma y la aplican con total desproporción y arbitrariedad.

La Ley de Extranjería no establece expresamente que los extranjeros condenados en sede penal deban ser expulsados, pero faculta a la autoridad administrativa para hacerlo, decidiendo discrecionalmente. El problema surge, porque la norma no entrega ningún tipo de límites para proceder a dictar la orden de expulsión. Por lo que aspectos tan importantes como la gravedad del delito o el tiempo que lleve el extranjero residiendo en el país, no son considerados al momento de dictar la orden, lo que algunas veces puede tener como consecuencia, que la sanción administrativa sea más gravosa que la condena penal, siendo una medida absolutamente desproporcionada.

De acuerdo a lo que señala la Defensoría Penal Pública, incluso puede suceder que el extranjero sea formalizado y luego declarado inocente, por medio de sentencia absolutoria, e igualmente sería expulsado, *“en atención a la fecha del DL N° 1.094, se utiliza el auto procesamiento como situación penal merecedora de expulsión (situación en que quedaban los reos una vez dictado el auto procesamiento y que debía cumplir con ciertos requisitos legales y que se encuentra absolutamente derogado con la reforma procesal penal), sin embargo, la autoridad administrativa ha relacionado el sometimiento a proceso con la formalización del proceso penal actual. Por ende, basta que se formalice a una persona (que se le comunique que se ha iniciado una investigación en su contra) por cualquiera de los hechos ya descritos anteriormente, para que la autoridad administrativa dicte una expulsión. Sin embargo, no se considera en absoluto el principio de inocencia, pues existen imputados absueltos o cuyas*

*causas han terminado por salidas alternativas distintas a la condena, que son igualmente expulsadas*¹⁷³.

Debido a las consecuencias adversas que puede tener para el extranjero ser condenado, surgen otros inconvenientes, ahora en materia procesal, ya que para el extranjero imputado no constituye ningún tipo de beneficio acceder a un procedimiento abreviado o simplificado, en el que admita responsabilidad penal.

Otro hecho importante, es la modificación que realiza la ley 20.603, incorporando a la expulsión como una de las medidas alternativas a las penas privativas libertad. Es decir, incorpora a la expulsión como una sanción de carácter penal, siendo clara manifestación de una política criminal contra migrantes, desvirtuando los fines del procedimiento penal.

Además, esta modificación genera otro problema, la superposición de sanciones, la cual se dará en el caso que un extranjero condenado, cumpla su condena en Chile, el que por vía administrativa igual podrá ser expulsado, es decir una doble sanción contraria al principio "*ne bis in ídem*".

La expulsión, como sanción exclusiva para extranjeros, lo priva del derecho a su libertad ambulatoria, entendida esta como el "*derecho que permite a la persona trasladarse sin obstáculos por el territorio nacional pudiendo asentarse donde estime conveniente, como asimismo, entrar y salir libremente del país, pudiendo expatriarse si lo considera adecuado*"¹⁷⁴.

En el caso de decretarse la expulsión por vía administrativa, será realizada por una autoridad, que si bien es competente, no tiene la calidad de juez y tampoco sigue un debido proceso.

Frente a esta vulneración de derechos, nuestros tribunales de justicia, quienes si bien cuentan con una imprecisa y arbitraria legislación migratoria, han sabido

¹⁷³ Exposición de la Defensoría Penal Pública, respecto a la situación de las personas migrantes ante el sistema penal. Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. [en línea] <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=20674&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> [consulta: 25 de enero de 2017]

¹⁷⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Óp. Cit., <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art11.pdf> [Consulta: 25 de marzo de 2016]

evolucionar en sus criterios e interpretación de la ley, fundamentando sus fallos y resolviendo de acuerdo a la normativa y estándares internacionales, dando algunas luces de cordura entre tanta falta de fundamento y desproporcionalidad con que aplican la norma nuestras instituciones administrativas.

Ante la especial condición de vulnerabilidad de los migrantes, se están haciendo esfuerzos conjuntos por parte de la institucionalidad. Para ello conformaron la “Mesa Interinstitucional sobre Acceso de Migrantes a la Justicia Penal”, que agrupa a los principales actores en la materia, los que se propusieron avanzar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile, en cuanto al respeto a la dignidad y garantías del extranjero en el proceso penal. A la fecha, ya podemos ver algunas pequeñas muestras concretas de su trabajo, como la creación del acta única de derechos del detenido y notificación consular; el decálogo de derechos de los detenidos y las víctimas; ambas traducidas a 6 idiomas, y la más importante hasta el momento, la notificación de las detenciones a extranjeros que deseen asistencia consular. Si bien se valora el esfuerzo de la institucionalidad, nos damos cuenta que aún queda mucho por hacer.

Respecto a los migrantes que han delinquido, las cifras que manejan las autoridades, informan que 5.415 migrantes fueron detenidos por las policías, lo que equivale al 1,1% del universo de detenciones realizadas en Chile, lo que lleva a la necesaria conclusión de que el ingreso de extranjeros al país, se encuentra motivado por alcanzar una mejor calidad de vida para ellos y la de sus familias. Por lo que la relación migración-delincuencia, no tiene ningún fundamento.

BIBLIOGRAFÍA

ARTICULOS

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *“Inmigrantes, Refugiados y Derechos Humanos: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007, hechos 2006”*. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales, (2007). Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24332.pdf>

COYLE, Andrew. *“La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos: Manual para el personal penitenciario”* Internacional Centre for Prison Studies. 2a edición. Londres, (2002). Obtenido de http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/spanish_handbook.pdf

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General” *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, vol. 11. (1991). Obtenido de: http://eprints.ucm.es/10553/1/EXTRANJERIA._PRINCIPIOS_DE_DERECHO_INTERNACIONAL_GENERAL.pdf

IGOR, Olivia, y FLORES, Tomás. “Migración Internacional: el Caso de Chile”. *Informe económico*, vol. 190. Editado por L y D. (2008). Obtenido de <http://www.prodem.net.ec/images/documentos/migracioninternacionalcasochile.pdf>

LARA ESCALONA, Daniela. *“El proceso de los inmigrantes”*. *Revista Nova Criminis*, Universidad Central, (2010).

LARA ESCALONA, Daniela. *“Evolución de la legislación migratoria en Chile claves para una lectura (1824-2013)”*. *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, nº 47, (2014). Obtenido de: <https://1hemerotecaalmagronorte.files.wordpress.com/2012/03/novacriminis-uno-completa.pdf>

MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo. *“La integración social de los inmigrantes extranjeros en España”*. *Revista de Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona*, vol 54, (1997). Obtenido de: <http://papers.uab.cat/article/view/v54-parella/pdf-ca>

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *“La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”*. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, vol XIII, (Diciembre 2002). Obtenido de: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502002000100011&script=sci_arttext
- OLEA, Helena. *“Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno”*. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, (2007). Obtenido de: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13482>.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *“El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Interna - El ejemplo de Costa Rica”*. Vol. I, de Liber Amicorum. En: Fix Zamudio. San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1998).
- SALINERO, Sebastián. *“La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”*. Revista Política Criminal vol 6, nº 11, (2011). Obtenido de: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf.
- SERRANO TRASVIÑA, Jorge. *“Libertad Jurídica”*. Revista Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, vol XIII, nº 52 (Octubre - Diciembre 1963). Obtenido de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/52/dtr/dtr9.pdf>
- TINESSA, Giulio. *“Marginados, minorías e inmigrantes: Criminalización de la pobreza y encarcelamiento masivo en las sociedades capitalistas avanzadas”*. Revista Miradas en Movimiento III (2010). Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3182935>
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *“La Interpretación de la Constitución”*. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol 17, (1990). Obtenido de: https://www.jstor.org/stable/41608824?seq=1#page_scan_tab_contents.

INFORMES

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *“Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes”*. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85. Del 30 de diciembre de 2002.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *“Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo”*. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria A/HRC/7/4. Del 10 de enero de 2008.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución sobre *“Protección de los migrantes”*, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *“Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010”*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Ediciones UDP.(2010) Obtenido de: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2010/>

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *“Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015”*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Ediciones UDP, (2015). Obtenido de: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2015/INFORME%20COMPLETO%202015.pdf>

CORTE IDH. *“Cuadernillo de Jurisprudencia nº 2: Migrantes”*. (2015) Obtenido de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>(CORTE IDH 2015)

OPINIÓN CONSULTIVA. *“El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías”*. OC-8/87 del 30 de enero de 1987

OPINIÓN CONSULTIVA. *“El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*. OC-16/99. Decisión de 1 de octubre de 1999.

OPINIÓN CONSULTIVA. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC -18/03 del 17 de septiembre de 2003.

OPINIÓN CONSULTIVA. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”. OC-21/14 del 19 de agosto de 2014.

COMISIÓN IDH. “Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”. (2011) Obtenido de: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. “Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Extranjeros y Migrantes”. Departamento de Estudios y Proyectos. Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas. (2013). Obtenido de: <http://www.dpp.cl/resources/upload/1d89ca362f89b6fe020b7b7df6c69d99.pdf>

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. “Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Extranjeros y Migrantes”. Departamento de Estudios y Proyectos, Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas. (2013). Obtenido de: <http://www.dpp.cl/resources/upload/1d89ca362f89b6fe020b7b7df6c69d99.pdf>

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. “Migración en Chile 2005 – 2014”. Sección Estudios del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2016) Obtenido de: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>

MESAS HURTADIANAS. “Documento sobre Migrantes”. (2013). Obtenido de: <http://creasfile.uahurtado.cl/Mesa%20MIGRANTES.pdf>

LIBROS

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio. *“Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección”*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (2007). Obtenido de: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”*. 1ª Edición, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (2003). Obtenido de: <http://www.puce.edu.ec/sitios/biblioteca/pdf/CorteInteramericana-MedinaCecilia.pdf>.

O'DONNELL, Daniel. *“Derecho internacional de los Derechos Humanos: Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano”*, 2ª edición, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, (2007). Obtenido de: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf>

PÉREZ MELLADO, Alejandro. *“Generalidades del hábeas corpus constitucional chileno”*. Santiago, Librotecnia, (2008).

STEFONI, Carolina. *“Perfil Migratorio de Chile”*. Organización Internacional para las Migraciones, Argentina. (2011). Obtenido de: http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf

MANUALES

Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Red de Derechos Humanos y Educación Superior. (2014). Obtenido de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf (DHES 2014)

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *“Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad: Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes”*. Costa Rica. (2014). Obtenido de: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1153/manual-general-de-litigio-en-s-i.pdf>

GENDARMERÍA DE CHILE. Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. “Manual de Derechos humanos de la función penitenciaria”. Obtenido de: http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf (GENDARMERÍA DE CHILE s.f.)

RECURSOS ELECTRONICOS

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. *“Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”*. Apuntes de clases de Derecho Constitucional II, Universidad de Chile. Obtenido de: https://www.u-cursos.cl/derecho/2005/1/D123A0313/1/material_docente/

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL Obtenido de: <www.bcn.cl>.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Obtenido de: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, Obtenido de: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, Obtenido de: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>>.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Obtenido de:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS DEL HOMBRE, adoptada en la 183ª Sesión Plenaria, celebrada en el Palacio de Chaillot, París, Francia, 10 de diciembre de 1948, Obtenido de:

<[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III))>.

DECRETO 100, del 22 de Septiembre de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Obtenido de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Obtenido de: www.rae.es.

GARCIA MAYNES, “*Introducción a la Lógica Jurídica*”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1951, p. 208. EN: SERRANO TRASVIÑA, Jorge, “*Libertad Jurídica*”. Obtenido de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/52/dtr/dtr9.pdf>>

TESIS

EDWARDS ZAMORA, Matías. *“Una mirada crítica a la evolución del derecho a la libertad personal a partir de la jurisprudencia de la Corta Interamericana de Derechos Humanos (período 2004-2010)”*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, 2012.

ITURRIETA CUEVAS, María Pilar y TOYOS JOFRÉ, Francisco José. *“Migraciones Internacionales Y Derechos Humanos: Desafíos Normativos Que Plantea Para Chile Esta Nueva Perspectiva*. Memoria Para Optar Al Grado De Licenciado En Ciencias Jurídicas Y Sociales. 2009.

POBLETE ACUÑA, Carlos, y ZEGERS QUIROGA, Nicolás. *“Migración y Extranjería: Análisis crítico del Proyecto de ley de junio del año 2013”*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, 2014.

TORRES, HILDA Graciela. *“Derecho Internacional de Extranjería”*. Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1984.

VERA PÉREZ, Pablo. *“Derecho Migratorio. Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile”*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, 2013.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CORTE IDH. Caso *“Velásquez Rodríguez vs. Honduras”*. Fondo, reparaciones y costas. 29 de julio de 1988.

CORTE IDH. Caso *“GangaramPanday Vs. Surinam”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de enero de 1994.

CORTE IDH. Caso *“Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de julio de 2004.

CORTE IDH. Caso "*Ricardo Canese Vs. Paraguay*". Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2004.

CORTE IDH. Caso "*Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de septiembre de 2004

CORTE IDH. Caso "*Tibi Vs. Ecuador*". Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004.

CORTE IDH. Caso "*Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005.

CORTE IDH. Caso "*Acosta Calderón Vs. Ecuador*". Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de junio de 2005.

CORTE IDH. Caso "*Palamara Iribarne Vs. Chile*". Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de noviembre de 2005.

CORTE IDH. Caso "*García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*". 25 de noviembre de 2005.

CORTE IDH. Caso "*López Álvarez Vs. Honduras*". Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de febrero de 2006.

CORTE IDH. Caso "*Masacres de Ituango Vs. Colombia*". 1 de julio de 2006. Voto Razonado Juez García Ramírez.

CORTE IDH. Caso "*La Cantuta Vs. Perú*". Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2006.

CORTE IDH. Caso "*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*" Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007.

CORTE IDH. Caso "*Yvon Neptune Vs. Haití*". Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de mayo de 2008.

CORTE IDH. Caso "*Bayarri vs. Argentina*". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de octubre de 2008

CORTE IDH, Caso "*Barreto Leiva vs. Venezuela*". Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de noviembre de 2009.

CORTE IDH. Caso *“Usón Ramírez vs. Venezuela”*, 20 de noviembre de 2009.

CORTE IDH. Caso *“Vélez Loo vs. Panamá”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

CORTE IDH. Caso *“Cabrer García y Montiel Flores Vs. México”*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de noviembre de 2010.

CORTE IDH. Caso *“Fleury y otros Vs. Haití”*. Fondo y Reparaciones. 23 de noviembre de 2011.

CORTE IDH. Caso *“Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”*. Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de octubre de 2012. (CORTE IDH, 2012)

CORTE IDH. Caso *“Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE SUPREMA. 8 de junio de 2010. Rol: 3.867-2010.

CORTE SUPREMA. 16 de septiembre de 2010; Rol: 6733- 2010.

CORTE SUPREMA. 21 de marzo de 2011, Rol: 866-2011

CORTE SUPREMA, 15 de septiembre de 2011, Rol: 8759-2011.

CORTE SUPREMA. 17 de abril de 2012, Rol: 2968-2012.

CORTE SUPREMA. 4 de junio de 2012, Rol: 4.000-2012.

CORTE SUPREMA. 9 de enero de 2013, Rol: 66-2013.

CORTE SUPREMA. 23 de enero de 2013, Rol: 400- 2013.

CORTE SUPREMA. 30 de enero 2013, Rol: 9075-2012.

CORTE SUPREMA, 9 de marzo de 2013, Rol: 351-2013.

CORTE SUPREMA, 18 de marzo de 2013. Rol: 1413-2013.

CORTE SUPREMA, 1 de abril de 2013, Rol: 1.802-2013.

CORTE SUPREMA. 22 de abril de 2013, Rol: 2373-2013.

CORTE SUPREMA. 22 de abril de 2013, Rol: 2311- 2013.

CORTE SUPREMA. 16 de mayo de 2013, Rol: 3057- 2013.

CORTE SUPREMA. 27 de mayo de 2013, Rol: 3436- 2013.

CORTE SUPREMA.4 de junio de 2013, Rol: 3214-2013.

CORTE SUPREMA, 4 de junio de 2013, Rol: 3563-2013.

CORTE SUPREMA, 23 de julio de 2013. Rol: 1244-2013.

CORTE SUPREMA. 9 de septiembre de 2013, Rol: 6.650-2013.

CORTE SUPREMA. 6 de enero de 2014, Rol: 17.007-2013

CORTE DE APELACIONES DE ARICA, 3 de febrero de 2010, Rol 8 – 2010.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 14 de enero de 2013, Rol: 2531-2012.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 9 de marzo de 2013, Rol: 351-2013.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2 de julio de 2013. Rol: 1091-2013.

CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, 8 de junio de 2012, Rol: 12-2012.