

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE  
INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO  
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO



Protección de los derechos humanos en la detención y  
expulsión de inmigrantes: Aportes del modelo europeo al  
sistema migratorio chileno

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

DIRECTORA: REGINA INGRID DIAZ TOLOSA

ALUMNA: GLORIMAR ALEJANDRA LEON SILVA

2020

## **DEDICATORIA.**

A mis padres, por su apoyo incondicional.

A mi Panura, una meta alcanzada para honrarte... aun mientras duermes.

A Gusmel y a mis hermanos, por estar siempre presentes.

## AGRADECIMIENTOS.

**A Dios**, que todo lo puede, al brindarme esta oportunidad de alcanzar mis metas profesionales. Un paso más en el cumplimiento de sus inescrutables pero magníficos planes para mí. Asimismo, gracias a mi familia por el apoyo incondicional en esta etapa.

Mil gracias a la Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, por asumir la tutoría de esta tesis doctoral. Su apoyo -como académica concedora de los temas abordados en esta investigación- y paciencia han sido inestimables para alcanzar esta meta.

Gracias a la Universidad Autónoma de Chile, por la beca adjudicada a mi favor durante el periodo 2016-2019 para la realización del Doctorado en Derecho.

También extendo mis agradecimientos a la Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrados (AUIP), por la beca otorgada para el desarrollo de una estancia de investigación doctoral ejecutada en España en el año 2018 mediante su *Programa de Movilidad Académica entre Universidades Andaluzas e Iberoamericanas asociadas a la AUIP*.

De igual modo, estos agradecimientos sean extensivos al Conicyt por el apoyo brindado en el desarrollo de esta tesis a finales del 2019, en el marco del: FONDECYT REGULAR 2018. CONICYT. *Aporte de los tribunales de justicia a la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes*. Proyecto N° 1181194. Investigadora principal: Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa.

Finalmente, pero no menos importante, al Dr. Antonio Muñoz por su orientación académica durante la fase de inicio de esta investigación y su invaluable apoyo profesional a pesar de la distancia. Muchas gracias.

## ABREVIATURAS.

ACNUR:	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
AG:	Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
AUE:	Acta Única Europea de 1986.
CA:	Corte de Apelaciones.
CAT:	Comité Contra la Tortura.
CCPR:	Comité de Derechos Humanos.
CCT:	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
CdE:	Consejo de Europa.
CDESC:	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
CDH:	Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas.
CDFUE:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño.
CE:	Comisión Europea.
CEDAW:	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
CEDH:	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.
CEDS:	Comité Europeo de Derechos Sociales.
CEE:	Comunidad Económica Europea.
CERD:	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
CETFCM:	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
CETS N° 160:	Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños.
CETS N° 210:	Convenio N° 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.
CGR:	Contraloría General de la República de Chile.
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIEDR:	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
CIPST:	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
CMW:	Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
CNDH:	Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
CorteIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPR:	Constitución Política de Chile.
CPT:	Comité Europeo para la prevención de la tortura y tratos o penas degradantes o inhumanas.
CRC:	Comité de Derechos del Niño.
CS:	Corte Suprema de Justicia, Republica de Chile.
CSE:	Carta Social Europea de 1961.

CTMF:	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.
DEM:	Departamento de Extranjería y Migración.
DL 1.094:	Decreto Ley N° 1.094, de 14 de julio de 1975, por el que se establece normas sobre extranjeros en Chile.
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos.
EEE:	Espacio Económico Europeo.
ELSJ:	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.
ETS N° 126:	Convenio Europeo para la prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.
GREVIO:	Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.
IDC:	Coalición Internacional sobre Detención.
INDH:	Instituto Nacional de Derechos Humanos.
LBPA:	Ley N° 19.880, de 2003, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.
MNP:	Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.
OC:	Opinión Consultiva.
OEA:	Organización de Estados Americanos.
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
OPCAT:	Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
PICUM:	Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados.
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC:	Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PNDH 2018–2021:	Plan Nacional de Derechos Humanos 2018–2021.
SEDH:	Sistema Europeo de Derechos Humanos.
SIDH:	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
SPT:	Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura.
SUDH:	Sistema Universal de Derechos Humanos.
TCch:	Tribunal Constitucional de Chile.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UE:	Unión Europea.

## ÍNDICE

CONTENIDO	PAG.
Dedicatoria.	1
Agradecimientos.	2
Abreviaturas.	3
<b>INTRODUCCIÓN.</b>	<b>13</b>
1. Sobre el objeto de estudio.	15
1.1 Planteamiento del problema.	15
1.2 Aspectos metodológicos y estructura de la tesis.	19
2. La obligación de garantizar los derechos de los inmigrantes en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.	21
2.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos.	24
2.1.1. Instrumentos generales.	29
a) La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.	29
b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.	30
c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.	32
2.1.2. Instrumentos específicos.	33
a) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965.	34
b) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.	35
c) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.	37
d) La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.	38
e) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.	39
2.1.3. La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.	40
a) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	41
b) Del derecho a la vida privada y familiar.	47
c) Del derecho al debido proceso.	51
2.2. En los sistemas regionales de protección de derechos humanos.	54
2.2.1. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos.	54
a) Instrumentos generales.	55
a.1) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.	55

a.2)	La Carta Social Europea de 1961.	58
b)	Instrumentos específicos.	59
b.1)	La Convención Europea contra la Tortura de 1987.	59
b.2)	El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996.	61
b.3)	La Convención de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica de 2011.	61
c)	La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.	63
c.1)	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	63
c.2)	Del derecho a la vida privada y familiar.	66
c.3)	Del derecho al debido proceso.	68
2.2.2.	En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	70
a)	Instrumentos generales.	72
a.1)	La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.	72
a.2)	La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.	72
b)	Instrumentos específicos.	73
b.1)	La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.	73
b.2)	La “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994.	74
b.3)	La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, ambas de 2013.	74
c)	La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.	76
c.1)	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	76
c.2)	Del derecho a la vida privada y familiar.	79
c.3)	Del derecho al debido proceso.	81
2.3.	La labor de las cortes regionales en la interpretación de los derechos humanos.	85
2.3.1.	Criterios jurisprudenciales de la Corte Europea de Derechos Humanos.	90
a)	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	91
b)	Del derecho a la vida privada y familiar.	95
c)	Del derecho al debido proceso.	98

2.3.2. Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	103
a) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	103
b) Del derecho a la vida privada y familiar.	108
c) Del derecho al debido proceso.	110
<b>PARTE PRIMERA. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES FRENTE A LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA EXPULSIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.</b>	119
<b>CAPÍTULO I. MARCO NORMATIVO.</b>	119
1. Los tratados de las comunidades europeas y la conformación de la Unión Europea.	119
1.1. El Acta Única Europea de 1986.	121
1.2. El Tratado de la Unión Europea de 1992.	121
1.3. El Tratado de Ámsterdam de 1997.	123
1.4. El Tratado de Niza de 2001 y el Tratado de Lisboa de 2007.	125
2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	126
2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	130
2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.	132
2.3. Del derecho al debido proceso.	134
3. Disposiciones de las directivas de la Unión Europea.	136
3.1. Generalidades sobre detención administrativa y expulsión de inmigrantes.	142
3.1.1. La función armonizadora de las directivas europeas.	143
3.1.2. La detención administrativa de inmigrantes.	145
3.1.3. La expulsión y el derecho de no devolución.	147
3.1.4. La promoción del retorno voluntario.	150
3.1.5. La detención administrativa y expulsión frente al derecho penal: un delgado vínculo.	151
3.1.6. Aspectos controvertidos de las directivas europeas.	153
3.2. Relativas a la protección de los derechos de los inmigrantes.	156
3.2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	157
3.2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.	162
3.2.3. Del derecho al debido proceso.	165
<b>CAPÍTULO II. LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.</b>	171
1. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del Derecho de la Unión Europea.	171
1.1. Criterios generales.	174
1.1.1. Ámbitos de aplicación de la normativa vigente.	174



1.1.2. Interpretación de nociones ambiguas.	179
1.2. Criterios específicos.	182
1.2.1. Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.	182
1.2.2. Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.	185
1.2.3. Duración de la prohibición de entrada.	188
1.2.4. Principio de proporcionalidad de la medida.	189
2. Criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Union Europea.	191
2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	192
2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.	199
2.3. Del derecho al debido proceso.	204
<b>PARTE SEGUNDA. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES FRENTE A LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA EXPULSIÓN EN CHILE.</b>	219
<b>CAPÍTULO III. MARCO NORMATIVO.</b>	219
1. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.	220
1.1. Legalidad de los tratados y la tesis de su incorporación mediante transformación.	223
1.2. Constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos y la tesis de su incorporación automática.	225
2. El bloque de constitucionalidad chileno para la protección de los derechos de los migrantes.	229
2.1. Sobre los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.	232
2.1.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	235
2.1.2. Del derecho a la vida privada y familiar.	237
2.1.3. Del derecho al debido proceso.	240
2.2. Sobre la Constitución Política de la República de Chile.	241
2.2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	244
2.2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.	250
2.2.3. Del derecho al debido proceso.	253
3. Sobre las normas de rango legal.	259
3.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	266
3.2. Del derecho a la vida privada y familiar.	268
3.3. Del derecho al debido proceso.	271
4. Sobre las normas administrativas.	281

4.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	285
4.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	288
4.3.	Del derecho a un debido proceso.	289
5.	Sobre los proyectos de legislación en trámite.	291
5.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	297
5.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	300
5.3.	Del derecho a un debido proceso.	301
<b>CAPITULO IV. LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.</b>		<b>305</b>
1.	La labor de los tribunales superiores de justicia en la interpretación del derecho migratorio chileno.	305
1.1.	Criterios generales.	310
1.1.1.	Ámbitos de aplicación de la normativa vigente.	310
1.1.2.	Interpretación de nociones ambiguas.	314
1.2.	Criterios específicos.	318
1.2.1.	Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.	310
1.2.2.	Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.	326
1.2.3.	Duración de la prohibición de entrada.	333
1.2.4.	Principio de proporcionalidad de la medida.	337
2.	Revisión de criterios jurisprudenciales emitidos en materia de detención y expulsión.	345
2.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	345
2.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	356
2.3.	Del derecho al debido proceso.	368
<b>CONCLUSIONES.</b>		<b>388</b>
1.	El modelo internacional de protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Aportes.	388
1.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	391
1.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	396
1.3.	Del derecho al debido proceso.	399
2.	El modelo de la Unión Europea y la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Luces y sombras.	403
2.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	407

2.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	409
2.3.	Del derecho al debido proceso.	411
3.	El modelo migratorio chileno y la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Omisiones.	415
3.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	422
3.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	426
3.3.	Del derecho al debido proceso.	430
4.	Hacia otro modelo migratorio en Chile para la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Propuestas.	435
4.1.	Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	438
4.2.	Del derecho a la vida privada y familiar.	439
4.3.	Del derecho al debido proceso.	440

<b>BIBLIOGRAFIA CITADA.</b>	441
-----------------------------	-----

### ÍNDICE DE TABLAS

<b>TABLA N° 1.</b> Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en los instrumentos del SUDH.	47
<b>TABLA N° 2.</b> Del derecho a la vida privada y familiar en los instrumentos del SUDH.	51
<b>TABLA N° 3.</b> Del derecho al debido proceso en los instrumentos del SUDH.	54
<b>TABLA N° 4.</b> Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en los instrumentos del SEDH.	66
<b>TABLA N° 5.</b> Del derecho a la vida privada y familiar en los instrumentos del SEDH.	67
<b>TABLA N° 6.</b> Del derecho al debido proceso en los instrumentos del SEDH.	70
<b>TABLA N° 7.</b> Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en los instrumentos del SIDH.	79
<b>TABLA N° 8.</b> Del derecho a la vida privada y familiar en los instrumentos del SIDH.	81
<b>TABLA N° 9.</b> Del derecho al debido proceso en los instrumentos del SIDH.	85
<b>TABLA N° 10.</b> Criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	94
<b>TABLA N° 11.</b> Criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar.	97
<b>TABLA N° 12.</b> Criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el derecho al debido proceso.	102
<b>TABLA N° 13.</b> Criterios jurisprudenciales de la CorteIDH sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	107
<b>TABLA N° 14.</b> Criterios jurisprudenciales de la CorteIDH sobre el derecho a la vida privada y familiar.	110
<b>TABLA N° 15.</b> Criterios jurisprudenciales de la CorteIDH sobre el derecho al debido proceso.	116
<b>TABLA N° 16.</b> Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	131

<b>TABLA N° 17.</b> Del derecho a la vida privada y familiar en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	134
<b>TABLA N° 18.</b> Del derecho al debido proceso en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	136
<b>TABLA N° 19.</b> Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en la directiva retorno.	162
<b>TABLA N° 20.</b> Del derecho a la vida privada y familiar en la directiva retorno.	165
<b>TABLA N° 21.</b> Del debido proceso en la directiva retorno.	170
<b>TABLA N° 22.</b> Criterios jurisprudenciales del TJUE sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	198
<b>TABLA N° 23.</b> Criterios jurisprudenciales del TJUE sobre el derecho a la vida privada y familiar.	203
<b>TABLA N° 24.</b> Criterios jurisprudenciales del TJUE sobre el derecho al debido proceso.	216
<b>TABLA N° 25.</b> Instrumentos internacionales atinentes a la protección de los inmigrantes y su estado de ratificación en Chile.	233
<b>TABLA N° 26.</b> Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en la Constitución Política de Chile.	249
<b>TABLA N° 27.</b> Del derecho a la vida privada y familiar en la Constitución Política de Chile.	253
<b>TABLA N° 28.</b> Del derecho al debido proceso en la Constitución Política de Chile.	258
<b>TABLA N° 29.</b> Del derecho al debido proceso en las normas chilenas de rango legal.	281
<b>TABLA N° 30.</b> Resumen comparativo de criterios jurisprudenciales emitidos por las cortes chilenas y el TJUE.	342
<b>TABLA N° 31.</b> Criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia chilenos sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	352
<b>TABLA N° 32.</b> Criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia chilenos sobre el derecho a la vida privada y familiar.	366
<b>TABLA N° 33.</b> Criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia chilenos sobre el derecho al debido proceso.	385



## INTRODUCCIÓN

### Sumario.

1. Sobre el objeto de estudio.
  - 1.1 Planteamiento del problema.
  - 1.2 Aspectos metodológicos y estructura de la tesis.
  
2. La obligación de garantizar los derechos de los inmigrantes en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.
  - 2.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos.
    - 2.1.1. Instrumentos generales.
      - a) La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
      - b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
      - c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
    - 2.1.2. Instrumentos específicos.
      - a) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965.
      - b) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.
      - c) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.
      - d) La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
      - e) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.
    - 2.1.3. La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.
      - a) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
      - b) Del derecho a la vida privada y familiar.
      - c) Del derecho al debido proceso.
  - 2.2. En los sistemas regionales de protección de derechos humanos.
    - 2.2.1. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos.
      - a) Instrumentos generales.
        - a.1) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.
        - a.2) La Carta Social Europea de 1961.
      - b) Instrumentos específicos.
        - b.1) La Convención Europea contra la Tortura de 1987.
        - b.2) El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996.
        - b.3) La Convención de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica de 2011.

- c) La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión
    - c.1) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
    - c.2) Del derecho a la vida privada y familiar.
    - c.3) Del derecho al debido proceso.
- 2.2.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- a) Instrumentos generales.
    - a.1) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
    - a.2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
  - b) Instrumentos específicos.
    - b.1) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.
    - b.2) La “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994.
    - b.3) La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, ambas de 2013.
  - c) La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.
    - c.1) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
    - c.2) Del derecho a la vida privada y familiar.
    - c.3) Del derecho al debido proceso.
- 2.3. La labor de las cortes regionales en la interpretación de los derechos humanos.
- 2.3.1. Criterios jurisprudenciales de la Corte Europea de Derechos Humanos.
- a) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - b) Del derecho a la vida privada y familiar.
  - c) Del derecho al debido proceso.
- 2.3.2. Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- a) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - b) Del derecho a la vida privada y familiar.
  - c) Del derecho al debido proceso.

## 1. Sobre el objeto de estudio.

### 1.1 Planteamiento del problema.

La migración internacional<sup>1</sup> es un fenómeno que se ha incrementado a nivel mundial<sup>2</sup>, alcanzando sus niveles máximos históricamente. A esta realidad global están innegablemente asociadas las múltiples formas de discriminación que experimentan muchos inmigrantes<sup>3</sup> en base a su nacionalidad y estatus legal<sup>4</sup>.

En Europa este panorama no es un asunto de data reciente y sus Estados no están excluidos del fenómeno de la globalización y la migración. Por ello, la Unión Europea (en lo sucesivo, UE) ha consagrado –a través de una serie de normativas regulatorias– la protección de derechos humanos. Esta salvaguarda se ha extendido expresamente a los inmigrantes a través de la implementación de una serie de directivas<sup>5</sup>. Pese a tales previsiones –en atención al principio de subsidiariedad<sup>6</sup>– los Estados miembros de la UE por separado han promulgado legislaciones y adoptado decisiones judiciales con contenido muy variado respecto de sus asuntos migratorios. Esto ha generado debates y polémicas en diferentes ámbitos. A lo anterior se suma la propagación del racismo y xenofobia en Europa<sup>7</sup> –así como el pronunciamiento de órdenes de expulsión<sup>8</sup>– que, lejos de posibilitar la inclusión dentro de la

<sup>1</sup> Según la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2006) p. 40, la *migración internacional* se define como el “Movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera.” Por su parte, el Estado chileno, en Instructivo Presidencial N° 9 de 2008 p. 2, la define como “el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal, en un lugar distinto a su lugar de origen. También se incluyen los movimientos de refugiados, personas desplazadas y otras personas forzadas a dejar su país”. En esta investigación el término se utiliza bajo el concepto de la Organización Internacional para las Migraciones.

<sup>2</sup> CHAMIE y POWERS (2012) p. 1.

<sup>3</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2006) p. 32.

<sup>4</sup> CRÉPEAU (2014) p. 6.

<sup>5</sup> El reconocimiento de la posibilidad para las directivas de producir efecto directo fue una de las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas más novedosa y controvertida de los años setenta, MILLÁN (1991) p. 846. Tengamos presente que, en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se definen los distintos actos jurídicos que puede adoptar la UE, incluidas las directivas. La directiva forma parte de la legislación secundaria de la UE. Por lo tanto, es aprobada por las instituciones de la UE de conformidad con los tratados constitutivos. Una vez adoptada a nivel comunitario, los países de la UE la incorporan (o trasponen) de forma que adquiere rango de ley en sus países. Son vinculantes para el Estado miembro en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejando al mismo tiempo a las autoridades nacionales la competencia sobre la forma y los medios. Es decir, que cada Estado miembro tiene que cumplir los fines perseguidos por la directiva, pero tiene libertad para elaborar su legislación interna de desarrollo. Para más información, véase MANGAS (2019).

<sup>6</sup> Este principio, contenido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, regula el ejercicio de las competencias de la UE en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva. En base a este principio, la UE solo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención a escala nacional, regional o local, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva. Está estrechamente vinculado al principio de proporcionalidad, en virtud del cual la acción de la UE no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados. Véase: STEIN (1995); BOIXAREU (1994). Hemos de precisar que nuestra investigación se centra en las directivas de la UE. También se centra en la aplicación e interpretación de estas directivas respecto de la detención y expulsión de inmigrantes, considerando para ello la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano facultado para la interpretación de la referida normativa.

<sup>7</sup> DELANEY (2016) p. 1.

<sup>8</sup> Según la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2006) p. 25, expulsión es el “[a]cto de una autoridad del Estado con la intención y el efecto de asegurar la salida del territorio de ese Estado de una o



sociedad europea de estos grupos migratorios, exacerba tales conflictos creando segundas categorías de ciudadanos.

Por tanto, a nivel de la UE no es tarea sencilla determinar el alcance y contenido de las directivas relativas a los procedimientos de detención y expulsión de inmigrantes. Especialmente cuando se pretende aglutinar los diferentes criterios en la materia contenidos en las diversas legislaciones migratorias de los Estados miembros. Con este propósito, la Directiva 2008/115/CE<sup>9</sup> (en lo sucesivo, directiva retorno), se erige como una normativa de mínimos a ser implementada por los Estados miembros. Sin embargo, en su implementación se enfrenta a criterios interpretativos de índole diversa. Estos han pretendido zanjarse mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial, con resultados de naturaleza dispar por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE).

Por ello, la primera parte de esta investigación tiene por propósito identificar el aporte específico de la UE en la protección de los inmigrantes ante la detención y expulsión. Ello a través del estudio de los principios emanados del derecho europeo primario relativos a la progresiva protección de los derechos humanos de los inmigrantes, junto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en lo sucesivo, la CDFUE) y sus directivas, a fin de responder: ¿bajo qué parámetros se promueve la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en estos procedimientos administrativos?, y ¿cómo ha interpretado el TJUE la aplicación de estos principios europeos en relación a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión?

La anterior revisión del derecho europeo –desde la perspectiva del derecho internacional– tiene por objeto extraer parámetros del modelo europeo<sup>10</sup> que permitan mejorar el sistema migratorio a nivel nacional. Siendo más específicos, esta investigación pretende conformarse como un aporte positivo a las deficiencias que presenta el modelo migratorio chileno frente al estado actual de protección de los derechos humanos, respondiendo la siguiente pregunta: ¿Qué principios del derecho europeo podrían brindar aportes positivos al modelo de protección de derechos humanos de los inmigrantes en Chile a fin de mejorar su garantía frente a la detención administrativa y la expulsión?

A nivel latinoamericano, Chile se configura como uno de los países de la región en el que se ha intensificado este fenómeno migratorio –específicamente durante los últimos cinco años– instalándose como un tema de alto interés público<sup>11</sup>. Chile es considerado desde el

---

varias personas (extranjeros), contra su voluntad”, La Directiva 2008/115/CE emplea el término *retorno* para referirse al proceso de vuelta de forma voluntaria o forzosa y emplea el término *expulsión* para referirse a la ejecución de la obligación de retornar. La Comisión de Derecho Internacional (en lo sucesivo, CDI) ha definido la expulsión como “un acto legal por el cual el Estado compele a un individuo o grupo de individuos de otro Estado a dejar su territorio”, KAMTO (2006) p. 156. Para la investigación propuesta se emplearán ambos términos como sinónimos, atendiendo en cuanto a su definición al concepto de *expulsión* definido por la CDI.

<sup>9</sup> Directiva 2008/115/CE, de 2008.

<sup>10</sup> Que fue conocido en los países de tradición germana, como *Derecho de gentes europeo (europäisches Völkerrecht)*. Al respecto véase, entre otros, EYFFINGER (1998); GROSS (1984); OSIANDER (1994); HOLSTI (1991). Entre los autores que cuestionan la importancia de Westfalia, véase, STEPHEN (1993).

<sup>11</sup> INE y DEM (2019). Según estas estimaciones recopiladas de las siguientes fuentes: Censo 2017, Registros de solicitud y otorgamiento de residencias temporales y definitivas en Chile, Registros de otorgamientos de visas consulares, Registros a partir del control fronterizo, Registro de defunciones- en Chile se ha observado un aumento de la población extranjera residente habitual en Chile en un 67,6%. Por su parte, una revisión de las estadísticas migratorias registradas por el Departamento de Extranjería y Migración desde el año 2005 hasta el 2018, refleja un importante incremento de los flujos migratorios en este país durante dicho periodo. Para más información véase, DEM (2018).

2001 como país de destino migratorio<sup>12</sup>, debido –principalmente– al fortalecimiento de su economía y estabilidad que destaca en la región<sup>13</sup>. Sin embargo, en este país la situación jurídica en lo relativo a la protección de los inmigrantes es deficiente<sup>14</sup>.

En efecto, Chile tiene vigente el Decreto Ley N° 1.094 (en lo sucesivo, DL 1.094) que data de 1975<sup>15</sup>. Esta normativa no responde a un enfoque de derechos humanos cónsono con los estándares internacionales, ni a la dinámica y realidad moderna de los flujos migratorios<sup>16</sup>. Ello se traduce en un alto margen de diferencias entre la normativa vigente y los nuevos estándares internacionales en la materia. Dicho de otra manera, el actual sistema jurídico chileno que regula las migraciones no se ajusta a los cánones básicos exigidos para garantizar la protección a los derechos de los migrantes, urgiendo a la creación de una ley que considere el plexo normativo internacional y brinde protección contra condiciones abusivas<sup>17</sup>. Esta protección debería orientarse al ejercicio y protección de los derechos de las personas inmigrantes frente a la actividad de la Administración, a fin de reducir la considerable distancia respecto de los estándares fijados en el derecho internacional<sup>18</sup>. En este contexto, no deja de ser relevante el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en lo sucesivo, CCPR), quien ha señalado explícitamente que el Estado de Chile debe apresurarse en la aprobación del proyecto de ley sobre migración. Ello con el fin de garantizar plenamente los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, PIDCP), en lo tocante a la protección de los derechos fundamentales del inmigrante tras su ingreso al territorio nacional<sup>19</sup>.

Las deficiencias anteriormente descritas tienen particular relevancia si se observa con detenimiento el contenido del referido DL 1.094. Específicamente, en lo relativo a las facultades de revocación de visados junto al pronunciamiento de la consiguiente medida de expulsión y –por ende– la detención administrativa de inmigrantes durante este proceso<sup>20</sup>. Según el derecho internacional de los derechos humanos, la integridad del detenido debe ser garantizada en todo proceso de detención con miras a la expulsión. De ahí que, durante la detención del inmigrante sea necesario asegurar condiciones mínimas a fin de no violentar derecho del inmigrante a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Además, debe asegurarse la salvaguarda de su derecho a la vida privada y

---

<sup>12</sup> OBSERVATORIO IBEROAMERICANO SOBRE MOVILIDAD HUMANA, MIGRACIONES Y DESARROLLO (2016).

<sup>13</sup> NOVOA (2015).

<sup>14</sup> DÍAZ (2015) p. 45.

<sup>15</sup> Decreto Ley N° 1.094, de 1975. Con un desarrollo histórico legislativo vinculado a su contexto político y social, esta legislación estuvo orientada a la seguridad nacional y control de extranjeros tras el inicio del Gobierno Militar en 1973, oportunidad en la que se produjo un drástico cambio tanto en la recepción de refugiados como en la política migratoria. Por un lado, se desarrolló una masiva expulsión de nacionales, pero conjuntamente de extranjeros, siendo restrictivos en el ingreso de personas extranjeras, quienes eran vistas como una amenaza al orden y régimen imperante, como elementos portadores de peligro. LARA *et. al.* (2014) pp. 80-81.

<sup>16</sup> TORREALBA (2013) p. 10.

<sup>17</sup> LARA *et. al.* (2014) p. 59.

<sup>18</sup> BASSA y TORRES (2015) p. 120.

<sup>19</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2014).

<sup>20</sup> En los procedimientos administrativos de rechazo o revocación de visados y posteriores órdenes de expulsión no existe control judicial obligatorio, sino solo instancias de reclamación poco efectivas, situaciones en las que conforme a DÍAZ (2016a) p. 209, “el extranjero, en la práctica, se encuentra en un contexto coercitivo que incluye privación de libertad, en los calabozos del Cuartel General de Policía de Investigaciones de Chile, lo cual tampoco es adecuado al estándar internacional sobre detención de extranjeros por motivos migratorios”.

familiar, junto al resguardo del derecho a un debido proceso. Estas salvaguardas deben ser contempladas tanto en la detención administrativa como en la expulsión. Por ello, la desactualización de la legislación migratoria chilena debe ser abordada con rigurosidad, a través de las herramientas teóricas y bibliográficas que ofrece el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, a fin de hacer propuestas congruentes con el estándar internacional de protección de los referidos derechos.

Los anteriores planteamientos justifican este estudio, a fin de resolver, ¿cuál es la protección conferida por el derecho chileno vigente a los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión?, y ¿cómo han interpretado los tribunales superiores de justicia chilenos la aplicación de las normas migratorias en relación con la protección de los derechos humanos de los inmigrantes?

Tras una revisión preliminar de la bibliografía académica desarrollada en relación con la detención y expulsión de inmigrante se observa que, si bien se han emitido artículos científicos y conferencias en torno al tema de la directiva retorno y su interpretación por parte de los órganos de la UE, estas se han efectuado de forma muy puntual. Pero el referido tema no ha sido abordado con la profundidad que exige la metodología científica de una investigación a nivel doctoral. Tampoco se ha desarrollado un estudio enfocado en la búsqueda de un posible modelo migratorio, que oriente a la legislación migratoria chilena en el manejo de la migración internacional con especial atención a la detención y expulsión de inmigrantes. En este orden de ideas, las soluciones normativas de la UE podrían contribuir a generar un diseño normativo que, adaptado a la realidad social y económica chilena, brinde una solución a la situación de necesidad actual<sup>21</sup>. De hecho, se ha señalado que –en el ámbito regional– los Estados deberían adoptar políticas ajustadas al enfoque de derechos humanos, ante la necesidad de un abordaje integral y comprehensivo de la migración<sup>22</sup>. Y, es precisamente este aspecto el que dota de inédita a esta propuesta, demarcando el objetivo hacia dónde se dirige.

Por todo lo anteriormente expuesto, nos planteamos la siguiente interrogante general: ¿Cómo pueden los principios del derecho europeo –emanados de la CDFUE y las directivas atinentes– inspirar a la legislación migratoria chilena para garantizar la protección de los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión?

Aquí, el estudio del derecho de la UE adquiere relevancia. Por ello, hemos iniciado – en la primera parte de la investigación– con el estudio de los principios del derecho europeo emanados de la CDFUE en conjunto con el valor interpretativo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de la UE<sup>23</sup>, así como la revisión de las directivas europeas hasta ahora implementadas en materia de detención y expulsión de inmigrantes<sup>24</sup>. En esta labor también se ha tenido especial consideración de la jurisprudencia interpretativa del TJUE, en la tarea de garantizar el respeto de los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Todo ello a fin de brindar respuestas jurídicas a tal interrogante y con el decidido propósito de formular propuestas jurídicas al modelo migratorio chileno en materia de detención administrativa de inmigrantes y su expulsión. Del estudio anterior se han deducido aquellos aspectos que pueden servir de guía

---

<sup>21</sup> BASSA y TORRES (2015) p. 120.

<sup>22</sup> CERIANI (2009) p. 94.

<sup>23</sup> Sobre este tema, véase ESCOBAR (2005) pp. 297-298.

<sup>24</sup> Nos referimos aquí a la Directiva 2008/115/CE, de 2008 y la Directiva 2013/33/UE, de 2013.

al modelo de protección de derechos humanos de los inmigrantes en Chile. Esto último tras efectuar –en la segunda parte de la investigación– un contraste con la realidad del ordenamiento jurídico chileno, mediante un diagnóstico de las falencias encontradas en la normativa aplicable al ámbito migratorio; así como la interpretación de estas disposiciones por parte de los tribunales superiores de justicia –en aquellos casos sometidos a su consideración por la vía del amparo o acción especial de reclamación– ante la detención administrativa y expulsión.

## **1.2 Aspectos metodológicos y estructura de la tesis.**

Abordar todos los aspectos relativos a la detención y expulsión de inmigrantes dentro del fenómeno de la migración internacional sería un trabajo de gran amplitud, debido a la complejidad de los aspectos que deben ser considerados. Por ello, en esta investigación se han analizado los principios del derecho de la UE referentes a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes –específicamente en lo relativo a la detención administrativa y la expulsión– con miras a la formulación de propuestas derivadas del modelo migratorio europeo que coadyuven al modelo migratorio chileno. A continuación, se describe la metodología de investigación empleada, atendiendo al diseño y estructura de la tesis.

A modo de acápite introductorio se ha desarrollado un escrutinio genérico y descriptivo, que permita al lector su contextualización en torno a la temática de protección de los derechos humanos de las personas migrantes en el derecho internacional público. Esto se ha logrado mediante la revisión de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos –tanto a nivel universal como a nivel regional; europeo e interamericano–, aplicables a la migración internacional.

Luego, la investigación ha sido dispuesta en dos partes:

La parte primera, contentiva del derecho internacional –específicamente el Derecho de la UE– y la protección brindada por este sistema internacional a los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. En esta parte se ha destinado el Capítulo I al examen del derecho de la UE, contemplando una revisión de su derecho originario, así como las previsiones de la CDFUE –como marco normativo– en materia de resguardo de los derechos humanos. Se ha revisado aquí el estándar de protección que estos instrumentos internacionales brindan a la migración internacional en lo relativo a la detención administrativa de inmigrantes y su expulsión. Estos avances se han explanado como marco de referencia para continuar –dentro del mismo capítulo– con el análisis de la directiva retorno y la convergencia o no de todos los principios emanados del derecho internacional en lo relativo a la protección de los derechos de los inmigrantes en esta directiva. Dicho análisis ha sido enfocado en la referida directiva por ser la que regula todo lo relativo a la detención administrativa de inmigrantes y su expulsión a nivel de la UE. De seguidas, se ha destinado el Capítulo II al análisis de la jurisprudencia emitida por el TJUE como órgano intérprete por excelencia del contenido y alcance de los instrumentos jurídicos anteriormente señalados respecto de los criterios emitidos en materia de detención y expulsión de inmigrantes.

La parte segunda de la investigación contiene lo relativo al derecho nacional –específicamente el derecho chileno– y el estándar de protección que este brinda a los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. De este modo, en Capítulo III –primero de esta segunda parte– se ha revisado la incorporación de los tratados internacionales en el derecho chileno. También se ha revisado la protección que

brinda la Constitución Política de Chile (en lo sucesivo, CPR), a los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención y la expulsión. En esta sección se ha analizado la legislación migratoria chilena vigente, junto a los proyectos de ley existentes hasta la fecha respecto del objeto de estudio. A continuación, en el Capítulo IV –segundo de esta segunda parte– se ha procedido a la revisión de una muestra representativa de la jurisprudencia chilena emitida por los tribunales superiores de justicia respecto de la protección de los derechos humanos de los inmigrantes ante la detención administrativa y la expulsión.

Finalmente, se ha preparado un capítulo de término de la tesis contenido de las conclusiones, las cuales incluyen especialmente el abordaje de las propuestas obtenidas del modelo migratorio de la UE y sus significativos aportes en lo tocante a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.

En la presente investigación doctoral se ha empleado el método dogmático –en cuanto considera las bases disciplinares del derecho internacional público, derecho constitucional y derecho administrativo, para analizar el modelo migratorio chileno en materia de detención y expulsión– con especial énfasis en los aspectos: históricos, de análisis comparativo y jurisprudencial de sistematización de fuentes normativas y doctrinarias. Así, en lo relativo a la fase introductoria de la investigación –mediante un método descriptivo– se ha efectuado una observación documental, narrativa e histórica de autores y fuentes internacionales en cuanto a los sistemas de protección de los derechos humanos de los inmigrantes en el ámbito universal y regional. Esto último se ha efectuado en relación con los procedimientos de detención y expulsión, para disponer así de una primera aproximación a la realidad objeto de estudio. En esta fase introductoria se han revisado los principales convenios internacionales en materia de derechos humanos y su aplicación a los asuntos migratorios en lo relativo a la detención administrativa de inmigrantes y expulsión, para establecer un marco internacional de referencia.

Luego, en la primera parte de la investigación –a partir de la visión que se ha obtenido del método descriptivo empleado en la sección introductoria– se ha efectuado un examen de la CDFUE y un análisis de las directivas –emitidas en materia de detención y expulsión de inmigrantes– en sus aspectos normativos y jurisprudenciales originadas a nivel de la UE, con consideración de la doctrina científica y jurisprudencia del TJUE. El propósito aquí ha sido el de extraer, mediante el método dogmático–jurídico, soluciones consensuadas que pudieran ser útiles al sistema migratorio chileno, desde la disciplina del derecho internacional.

A continuación, en la segunda parte de esta investigación se ha iniciado con la revisión del marco jurídico que actualmente regula el fenómeno de la migración en Chile, incluyendo un análisis detallado de las disposiciones contenidas en la CPR junto a la legislación migratoria vigente en lo relativo a la detención y expulsión de inmigrantes, tomando en cuenta sus aspectos normativos, así como la doctrina nacional. Seguidamente, en esta parte de la investigación, se ha analizado una muestra representativa de la jurisprudencia emitida por los tribunales superiores de justicia chilenos con referencia a casos en materia de detención y expulsión, a fin de evaluar la aplicación del estándar internacional de protección de sus derechos humanos.

Finalmente, en la fase de conclusiones se ha efectuado un análisis hermenéutico de las soluciones que brindan el modelo de la UE y que aparecen como propuestas de mejoras al sistema migratorio chileno, junto a la revisión global de los demás sistemas de protección de los derechos humanos de los inmigrantes en el ámbito universal y regional, que promuevan

en Chile un ajuste de sus estándares de protección, cónsonos con el estado actual de los derechos humanos en el plano internacional.

En lo temporal, la presente investigación doctoral se ha enfocado en el período comprendido desde 2008 hasta 2018, en lo tocante a la revisión del derecho de la UE. Esto es así dado que, es a partir del 2008 que se promulga la directiva retorno que viene a unificar las legislaciones de los Estados miembros de la UE bajo el *principio de mínimos*<sup>25</sup>. Aunado a ello, es con posterioridad a la promulgación de la referida normativa que se promulgan otras normativas europeas de interés en estas líneas. Estas abordan indirectamente lo relativo a la detención administrativa de inmigrantes, pero solo para el caso de aquellos que son solicitantes de protección del Estado o refugiados y solo haremos referencia a estas cuando se trate la detención administrativa de inmigrantes con fines de expulsión (por ser nuestra área de estudio). También se ha contemplado dicho período de tiempo respecto del análisis de los criterios jurisprudenciales e interpretativos del TJUE relativos a la aplicación de dicha directiva. Lo anterior no ha obstado para que se considerasen otros documentos o instrumentos internacionales celebrados con antelación o posterioridad al período mencionado, pero siempre enfocado en la interpretación de ese instrumento y demás textos jurídicos erigidos dentro del periodo señalado. En este sentido, el marco regulador de dichos documentos ha sido el sistema jurídico de la UE, ya que por su configuración como un *espacio de seguridad, libertad y justicia*<sup>26</sup> (en lo sucesivo, ELSJ), se considera como el sistema internacional *ejemplo* de evolución del derecho internacional<sup>27</sup>.

En cuanto al ámbito temporal del derecho migratorio chileno, se ha abordado la legislación migratoria chilena vigente que data de 1975, y los recientes proyectos de ley sobre la materia presentados en los tres últimos gobiernos del Estado chileno (Piñera I-2013, Bachelet II-2017 y Piñera II-2017). Por su parte, respecto de la muestra jurisprudencial emitida por sus máximos órganos judiciales –en acciones de amparo y de reclamación especial del artículo 89 del Decreto Ley N° 1094 de 1975– ha sido delimitada en el periodo temporal de 10 años, desde 2009 hasta marzo del año 2018, excluyendo aquellos amparos que no fueron elevados en apelación a la Corte Suprema. Esta elección obedece a que, según los resultados arrojados por el motor de búsqueda de causas, durante este periodo se observa la mayor incidencia de fallos emitidos respecto de los amparos incoados frente a la detención administrativa y expulsión de inmigrantes.

## **2. La obligación de garantizar los derechos de los inmigrantes en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.**

Uno de los conceptos fundamentales presentes en el derecho internacional de los derechos humanos es el concepto de la dignidad humana<sup>28</sup> como fundamento de los derechos

---

<sup>25</sup> Este principio de mínimos es aplicable en lo relativo a las condiciones de detención de los inmigrantes, a fin de tramitar la consecuente expulsión del territorio del Estado miembro de la UE.

<sup>26</sup> Interesante concepto que se diseñó para hacer de la Organización europea un ambiente antropocéntrico, en general sobre las medidas originales, véase, ARANGÜENA (2010); MARTÍN y CALONGE (2013).

<sup>27</sup> La UE como sistema constituye el reflejo más significativo en el desarrollo del derecho internacional, comprometido como está con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Véase CARRERA y GEYER (2008); GUTIÉRREZ (2010).

<sup>28</sup> La dignidad es una cualidad que se predica de toda persona, con independencia de cuál sea su comportamiento. En cuanto cualidad ínsita de todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la

humanos<sup>29</sup>. Reconocida en el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se trata de un concepto normativo fundamental, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos<sup>30</sup>. En este orden de ideas, la dignidad constituye el sustento de los argumentos bajo los cuales se exige una permanente revisión de las condiciones durante la detención administrativa y posterior expulsión del inmigrante.

Con ese enfoque, hemos de observar que la dignidad humana se encuentra presente en los preámbulos de la mayoría de los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos. Los extranjeros que se encuentra en el territorio de un Estado distinto del que son nacionales –al igual que cualquier persona– gozan de la protección de sus derechos más básicos, por el solo hecho de *ser persona* y con motivo del resguardo de su dignidad humana. Sin embargo, en el contexto de la detención administrativa, algunos de esos derechos más básicos necesitan de una especial protección –aquí nos referimos específicamente al derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; al derecho a la vida privada y familiar; y, al derecho al debido proceso–, lo que ha sido contemplado en los diversos tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos y luego puesto en relieve por la jurisprudencia internacional.

Se ha cuestionado si la detención administrativa de un extranjero ha supuesto o podría suponer la violación de su derecho a un trato humano. Ello podría producirse por distintos motivos. Entre estos podemos mencionar el sometimiento a ciertas condiciones de detención que hicieran peligrar la vida de esa persona, tales como: condiciones de salubridad e higiene en los centros de detención; o, la debida atención médica que debe ofrecerse al inmigrante detenido dentro de los centros de internamiento, así como la atención psicológica que en muchos casos también pueden ser requeridos. En este orden de ideas, se ha señalado que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente con irrestricto respeto de su dignidad, así como de sus derechos fundamentales y bajo estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>31</sup>. Por ello, el derecho a un trato acorde con la dignidad humana será abordado en este capítulo. Ello desde su perspectiva genérica inicialmente y luego enfocado en su vertiente vinculada a las condiciones de atención a la salud, cuidados médicos y atención psicológica del individuo durante la detención administrativa, cuando el objetivo es evitar poner en riesgo y garantizar este derecho fundamental. También se tomarán en consideración los pronunciamientos efectuados por los diversos tribunales y demás organismos internacionales –entre otros, los diferentes Comités de expertos de la Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, ONU), la Comisión Europea de los Derechos Humanos– en su tarea de brindar respuestas más plausibles en la práctica.

El derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentra reconocido en numerosos convenios internacionales para la protección de los derechos humanos. Se trata de un derecho absoluto<sup>32</sup> e inderogable, tal y

---

consecuente exigencia de respeto por parte de los demás y aparece indisolublemente ligada al concepto de derechos humanos (MARÍN (2007) p.2); VALLS (2015) pp. 283-285.

<sup>29</sup> GROSS (2003) p. 197.

<sup>30</sup> HABERMAS (2010) p. 6.

<sup>31</sup> CIDH (2008) principio I.

<sup>32</sup> Tal como lo afirma el otrora juez Cançado Trindade, en el caso Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Furundzija* (1998, N° IT-96-21-T) párr. 137-139, 144 y 160, En este caso, el Tribunal sostuvo

como se desprende de distintas disposiciones contenidas en dichos tratados<sup>33</sup> y de la práctica de los distintos órganos de control configurados por tales instrumentos internacionales. En base a ello, los Estados están obligados a no cometer por sí mismos actos de tortura, pero tienen también la obligación de no colocar a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción en una situación tal que pudiera dar lugar a la comisión de tales actos en su contra. Dentro de este contexto, el llamado del derecho internacional de los derechos humanos a los Estados es a velar por las condiciones de la detención administrativa de los inmigrantes, para evitar que estas condiciones se traduzcan en tratamientos degradantes e inhumanos o, inclusive, en la más grave expresión de estos tratos que es la tortura en sí misma.

Por su parte, el derecho a la vida privada y familiar también se observa regulado con mucha anterioridad en los diversos instrumentos internacionales. Entendido como un derecho de toda persona –con independencia de su condición de nacional o extranjera respecto del territorio en el que se encuentra– también es particularmente relevante para la protección de la niñez en el contexto de la detención de menores y protección del grupo familiar, perspectiva desde la cual será abordado en este estudio. Este derecho puede verse conculcado en los procesos de detención y expulsión en los que se ventilan casos de menores no acompañados. O cuando, pese a estar acompañados de sus padres, son separados de estos durante los procedimientos de detención administrativa, lo que se traduce en un aumento de vulnerabilidad para este grupo en particular<sup>34</sup>.

También hemos de tener presente que, si bien es cierto que en el ámbito del derecho internacional se ha reconocido el derecho a la libertad personal, no es menos cierto que se admite su restricción bajo la exigencia de una previsión legal que autorice dichas actuaciones y siempre que esta no devenga en arbitraria. De ahí que se haya configurado el derecho al debido proceso en la detención, también reconocido en diversos instrumentos internacionales. Este abarca dentro de sí un sinnúmero de garantías, cuya aplicación puede ser extendida al contexto de la detención administrativa de inmigrantes y expulsión. Partiendo de la exigencia de una previsión legal que autorice la detención administrativa, dentro del capítulo en cuestión también abordaremos otras garantías asociadas al derecho del debido proceso. Nos referiremos aquí a: el derecho a la notificación de la orden de detención y el derecho a recurrir de ésta, el derecho a asistencia jurídica y lingüística o de intérprete en su caso, el derecho a la asistencia consular, el derecho a acceder a recursos contra las medidas decretadas, entre otras. En el marco de nuestro objeto de estudio estas garantías tienden a ser vulneradas, traduciéndose en la violación del debido proceso.

Finalizamos estas consideraciones previas, no sin antes mencionar que la detención administrativa de inmigrantes ha sido concebida en el ámbito internacional como una medida preparatoria para la expulsión<sup>35</sup>. En consecuencia, esta medida carecerá de sentido –siendo innecesaria y arbitraria– si se sabe sobre la imposibilidad de ejecutar la expulsión<sup>36</sup>. Aquí

---

que la prohibición de la tortura era efectuada de modo absoluto por el derecho internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario.

<sup>33</sup> *Cfr.* Artículo 15.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950; artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; y, artículo 27.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, de 1969.

<sup>34</sup> Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, de 2005, párr. 40.

<sup>35</sup> Resolución 69/10 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 2014, p. 14.

<sup>36</sup> BOLLO (2016) p. 2.



también es necesario adoptar como punto de partida la siguiente premisa: si durante la detención administrativa se conculcan los derechos fundamentales arriba referidos, tal medida se torna arbitraria y en consecuencia debería cesar. Una revisión descriptiva de estos tres derechos fundamentales brindará al lector un marco de referencia normativo. Este marco permitirá entender las modalidades bajo las cuales se contempla –en el ámbito internacional más general de los derechos humanos– la obligación de garantizar los derechos aquí estudiados. A tales fines, tomaremos como punto de partida los Sistemas –Universal y Regional– de Protección Internacional de los Derechos Humanos.

### **2.1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos.**

Para referirnos al Sistema Universal de Derechos Humanos (en lo sucesivo, SUDH) hemos de retroceder un poco en el pasado, a fin de entender sus orígenes y propósitos. La reacción a los efectos devastadores de la segunda guerra mundial es el hito bajo el cual se incardina la configuración del SUDH<sup>37</sup> a nivel universal. Desde este periodo de la historia – y en lo sucesivo– se inicia todo un esfuerzo para desarrollar un extenso cuerpo normativo hacia la protección de los derechos humanos. Con este propósito, el hombre deja de ser un mero objeto del derecho internacional para ser el *sujeto* de su protección, a través de la obligación *erga omnes* de los Estados para con la comunidad internacional<sup>38</sup>. Significativos cambios se producen entonces, dándose inicio al proceso de globalización y, a escala internacional, al inicio de diferentes procesos de integración regional con la creciente cooperación internacional<sup>39</sup>.

Bajo el anterior panorama, los derechos humanos y la dignidad se convierten en parte de la agenda mundial de los Estados, con la instauración de un sistema multinivel cuyos inicios se remontan a 1945 para avalar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este sistema multinivel conocido como la Organización de las Naciones Unidas –o mejor por sus siglas ONU– se ha conformado como un sistema de protección internacional de los derechos humanos en el plano universal, desde el 24 de octubre de 1945 en San Francisco, California. Así, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas celebrada en junio de 1945, se conformaron las bases de su constitución interna. Este documento contiene importantes principios jurídicos y disposiciones que constituyen una fuente importante de obligaciones jurídicas y de responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos.

Según lo precisa la referida Carta de las Naciones Unidas, los Estados están obligados a crear condiciones para la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales y de otras fuentes del derecho internacional. Estas obligaciones deberán ser cumplidas por parte de los Estados actuando *de buena fe*, según lo indica el referido instrumento<sup>40</sup>. Entre estas obligaciones se menciona el deber de promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin distinciones ni discriminaciones de ninguna naturaleza. Así, los efectos de la globalización junto a la influencia del derecho internacional se hacen patentes en la internacionalización de muchas materias que antes eran competencia exclusiva de o entre los Estados –pero no de forma multilateral–. De este modo, “el incremento de las relaciones internacionales entre los

<sup>37</sup> Para un mejor entendimiento sobre la historia de la evolución de los instrumentos de protección de los derechos humanos en la década de 1960, véase CUADRA (1970).

<sup>38</sup> CARRILLO (1995) p. 30.

<sup>39</sup> MANGAS (2004) pp. 141- 154.

<sup>40</sup> Véase Preámbulo y artículos 2.1, 55 y 56 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de 1945.

Estados, la obligada interdependencia entre ellos, el imparable proceso de internacionalización de muchas materias que antes eran competencia exclusiva de los Estados y la creciente participación de estos en las Organizaciones internacionales han generado en los ordenamientos jurídicos internos la necesidad de establecer bases constitucionales que regulen la acción de los órganos del Estado en sus relaciones exteriores y que permitan adoptar las medidas adecuadas para la puesta en práctica de los compromisos adquiridos”<sup>41</sup>.

Observamos entonces la configuración de un sistema internacional que se caracteriza por ser autónomo respecto de los sistemas estatales y que, –mediante un conjunto de normas, órganos y mecanismos de control internacional– persigue la protección de los derechos del individuo<sup>42</sup>. En este contexto, se creó el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, CDH)<sup>43</sup>, como un órgano intergubernamental. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, AG) el 15 de marzo de 2006, por Resolución 60/251, con el objetivo principal de estudiar la situación de las violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto. Posteriormente –un año después de celebrar su primera reunión– el CDH adoptó su Resolución 5/1, documento que proporcionó elementos para guiar su trabajo futuro. Entre estos se destaca el nuevo *mecanismo de examen periódico universal*<sup>44</sup>, a través del cual se ha examinado la situación de los derechos humanos en los 192 Estados miembros de las Naciones Unidas y el nuevo *mecanismo de denuncias* que ha permitido que individuos y organizaciones presenten denuncias sobre violaciones de los derechos humanos. Los métodos de denuncias son: las denuncias destinadas a los *procedimientos especiales* –mecanismos establecidos o para hacer frente a situaciones concretas en países concretos o a cuestiones temáticas en todo el mundo–; y, los *procedimientos de presentación de denuncias destinadas al CDH* a fin de abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia.

Los Estados miembros de las Naciones Unidas han convenido en dicho marco de protección. Esto reviste de interés, ya que las obligaciones derivadas de los convenios que conforman el SUDH no solo se adquieren frente a los individuos titulares de los derechos

---

<sup>41</sup> RODRIGO (1997) p. 89.

<sup>42</sup> DIEZ DE VELASCO (2007) pp. 650-651.

<sup>43</sup> La Asamblea General decidió, el 15 de marzo de 2006, sustituir a la Comisión de Derechos Humanos, como organismo intergubernamental central de las Naciones Unidas para los derechos humanos, por el CDH, como nuevo órgano subsidiario de la Asamblea General. El CDH asumió todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión. Este órgano está compuesto por 47 Estados Miembros responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Consejo de Derechos Humanos*, disponible en: <<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx>> fecha de consulta: 22 mayo 2016; Sobre este tema véase, ALFREDSON y EIDE (1999) p. xxvii.

<sup>44</sup> Es un procedimiento establecido para la supervisión de la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de la ONU que, con una cierta periodicidad, deben someterse a ese examen. Con el auspicio del CDH, ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Órganos del CDH, Examen periódico universal*, disponible en: <<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>>, fecha de consulta: 3 marzo 2016.

tutelados, sino también entre los Estados<sup>45</sup>. En consecuencia, la ONU desempeña un papel destacado en promover la adopción, así como la aplicación, monitoreo e implementación eficaz de las normas pertinentes por parte de sus Estados miembro.

En el SUDH no existe una única organización que se encargue de la supervisión normativa general y de la protección de los derechos de los migrantes. Empero, dicha labor se propaga dentro del sistema a través de las diversas funciones que cumplen los órganos conformados mediante los tratados que versan sobre derechos humanos. Entre estos, observamos: el CDH<sup>46</sup>, los mecanismos de vigilancia de la Organización Internacional del Trabajo<sup>47</sup>, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en

---

<sup>45</sup> El CCPR ha señalado respecto de las obligaciones generales que, respecto a las obligaciones generales del artículo 2 del PIDCP que, aunque dicho artículo está redactado en función de las obligaciones de los Estados Partes con respecto a personas individuales en su calidad de titulares de derechos de conformidad con el Pacto, todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados parte de sus obligaciones (Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 2004, pp. 1-2).

<sup>46</sup> Procedimientos especiales (entre otros, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes) y el Examen Periódico Universal. Para más información, véase sitio web oficial de la FUNDACIÓN ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Órganos de los Tratados (Comités para la ONU) para la protección de los Derechos Humanos*, disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComitesONU.htm>>, fecha de consulta: 3 marzo 2016.

<sup>47</sup> Consejo de Administración de la OIT (órgano tripartito), órgano ejecutivo de la Organización Internacional del Trabajo (la Oficina es la secretaría de la Organización). Se reúne tres veces por año: en marzo, junio y noviembre. Toma decisiones sobre la política de la OIT, determina el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, adopta el Programa y Presupuesto antes de su presentación a la Conferencia, y elige al Director General. Para más información, véase sitio web oficial de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo*, disponible en: <<http://www.ilo.org/gb/lang--es/index.htm>>, fecha de consulta: 20 mayo 2018. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, fue creada en 1926 con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados y compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años, que proceden de diferentes regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos y culturas. Su cometido es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Para más información, véase sitio web oficial de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, disponible en: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/ind>>, fecha de consulta: 20 mayo 2018. La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo, analiza el informe anual de la Comisión de Expertos en un marco tripartito y selecciona del mismo diversos comentarios que serán objeto de debate en el que los gobiernos mencionados son invitados a responder ante la Comisión de la Conferencia y a comunicar información sobre la situación en consideración. Para más información, véase sitio web oficial de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo*, disponible en: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang--es/index.htm>>, fecha de consulta: 20 mayo 2018. El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración, examina las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país en cuestión los convenios pertinentes. Para más información, véase sitio web oficial de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*, disponible en: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang--es/index.htm>>, fecha de consulta: 20 mayo 2018.

lo sucesivo, ACNUR)<sup>48</sup>, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito<sup>49</sup>. El SUDH también está conformado por numerosas convenciones y órganos creados para vigilar el cumplimiento de los distintos tratados de derechos humanos celebrados. Estos órganos – denominados Comités<sup>50</sup>– son nueve, y para ejecutar sus dispositivos de control cuentan con mecanismos *no contenciosos* y los *mecanismos contenciosos*. Dentro de los primeros, se observan: el envío de informes periódicos a los Comités, la adopción de observaciones generales por los comités y las investigaciones de oficio a Estados en caso de violaciones masivas y sistemáticas; en tanto que, dentro de los segundos, se cuenta con la presentación de quejas individuales, y la presentación de comunicaciones interestatales. No obstante, aunque existe una gran diversidad de programas y proyectos actualmente en marcha destinados a proteger y promover los derechos humanos de todos los migrantes, al mismo tiempo el número de actores cuyas funciones relacionadas con la migración y los derechos humanos en ocasiones se duplican, dando lugar a una visión institucional algo fragmentada a nivel internacional y regional<sup>51</sup>.

Aquí es oportuno mencionar que, pese a los objetivos de protección del individuo perseguidos por el SUDH en su configuración, el marco jurídico y normativo relativo a la protección de los derechos humanos de los migrantes internacionales no se encontrará en un solo tratado o mecanismo sino más bien difundido en un inestimable conjunto de instrumentos y principios conexos. Este marco internacional de derechos humanos es igualmente claro en cuanto a que, como una cuestión de principio de derechos humanos, toda persona –sin discriminación– tiene derecho a que se tengan en cuenta sus circunstancias particulares. También, se observa una serie de instrumentos internacionales erigidos a fin de brindar protección jurídica a los grupos de *no nacionales*, entre ellos, refugiados, víctimas de la trata y trabajadores migratorios. Estos instrumentos abordan circunstancias particulares y vulnerabilidades específicas, pero velando por evitar que en su aplicación se creen jerarquías

---

<sup>48</sup> Ejerce responsabilidades de supervisión de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 por lo que tiene el mandato de proporcionar protección y asistencia internacionales a los refugiados y, junto con los gobiernos, encontrar soluciones a su difícil situación. El ACNUR también protege a los apátridas y trabaja para prevenir y reducir la apatridia. Actúa como líder mundial de los grupos temáticos de protección y coliderazgo en la esfera de la coordinación y gestión de los campamentos y refugios de emergencia respecto de los desplazados internos. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, disponible en: <<https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/united-nations-high-commissioner-for-refugees/>>, fecha de consulta: 20 mayo 2018.

<sup>49</sup> Conferencia de las partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, y grupos de trabajo intergubernamentales de composición abierta establecidos por la Conferencia para abordar las cuestiones relativas a la trata de personas y el tráfico de migrantes. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, disponible en: <<https://www.unodc.org/unodc/es/index.html>>, fecha de consulta: 20 mayo 2018.

<sup>50</sup> Según el tratado que lo crea: Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura y Subcomité para la Prevención de la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité sobre los Trabajadores Migratorios, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité contra la Desaparición Forzada. Para más información, véase sitio web oficial de la FUNDACIÓN ACCIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Órganos de los Tratados (Comités para la ONU) para la protección de los Derechos Humanos*, disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComitesONU.htm>>, fecha de consulta: 3 marzo 2016.

<sup>51</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2012) p. 38.

de vulnerabilidad basadas en clasificaciones<sup>52</sup>, capaces de promover jerarquizaciones en materia de derechos humanos<sup>53</sup>.

No obstante, hemos de señalar que la inmigración no es actualmente un derecho humano en sí mismo<sup>54</sup>. Como lo ha entendido Ferrajoli, ello implicaría transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado reservados hasta hoy a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de libre circulación<sup>55</sup>. No obstante, los esfuerzos siempre han tendido a exponer un conjunto de garantías mínimas que apuntan a evitar el trato inhumano al que son sometidos millones de migrantes. Por ello, más adelante se desarrollará este punto con mayor detalle (a fin de revisar el tratamiento que brinda el texto constitucional chileno a estas cuestiones, véase, *Parte Segunda, Capítulo III, 2.2. Sobre la Constitución Política de la República de Chile*). Estas garantías se han fundamentado en la condición de *persona* –sujeto de derechos humanos– independiente de su condición migratoria.

Si bien en materia de obligaciones internacionales se cuenta con la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990 (en lo sucesivo, CTMF) –enfocado a la protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes–, no se cuenta con un instrumento convencional que brinde una protección más amplia y expresa de los derechos humanos de los migrantes. En consecuencia, la forma de brindar protección a la migración ha sido la de reconocer la aplicación los instrumentos generales de protección de derechos humanos. El catálogo de tratados o instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos aceptados y reconocidos por la comunidad internacional de Estados es extenso. Por este motivo, aquí se presenta una revisión de los instrumentos internacionales más relevantes a los objetivos aquí perseguidos. Entre ellos: a) Instrumentos de protección genérica, entendidos como fuentes de las obligaciones generales<sup>56</sup> en materia de derechos humanos, adoptados en el SUDH: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en lo sucesivo, DUDH), el PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en lo sucesivo, PIDESC); b) Instrumentos de carácter específico, denominados así porque a través de estos se reconoce un derecho en especial y se desarrolla ampliamente su protección en el derecho internacional, dentro de los cuales nos referiremos a: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 (en lo sucesivo, CIEDR), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 (en lo sucesivo, CETFDCM), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de

---

<sup>52</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2012) p. 14.

<sup>53</sup> CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (1993).

<sup>54</sup> DÍAZ (2016a) p. 184. El CCPR, encargado de supervisar la aplicación del PIDCP por sus Estados parte, en la Observación N° 15 de 1986, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, afirma que el PIDCP no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él, por lo que, en principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio (Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986, párr. 5. Por su parte, en la Observación General N° 27 sobre la libertad de circulación, se indica que la cuestión de si un extranjero se encuentra ‘legalmente’ dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado (Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos, de 1999, párr. 4.

<sup>55</sup> FERRAJOLI (2002) p. 117.

<sup>56</sup> NACIONES UNIDAS (1955) p. 16.

1984 (en lo sucesivo, CCT), la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo, CDN) de 1989 y la CTMF.

### 2.1.1. Instrumentos generales.

#### a) **La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.**

La DUDH se erige como un estandarte internacional de índole universal a seguir en materia de protección de los derechos humanos. Se trata de una formulación de principios generales que precisa el sentido de los derechos y libertades fundamentales. En su *Preámbulo* se reivindica que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En efecto, toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en su texto<sup>57</sup>.

El catálogo de derechos humanos reconocidos es de índole variada y aplicable completamente a los inmigrantes en su cualidad de *persona*. No obstante, también se reconocen ciertos derechos vinculados con el ámbito migratorio, relacionados con el derecho de emigrar, el de retornar al territorio del Estado del que se es nacional y el derecho de libre circulación<sup>58</sup>. El artículo 13 de la DUDH establece que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y tiene el derecho a salir de cualquier país –incluso del propio– y a regresar a su país<sup>59</sup>, lo que señala que la libre circulación conlleva un derecho de la persona a migrar. Empero, esta disposición no ha sido interpretada ampliamente por los órganos de derechos humanos ni por los demás sistemas regionales de protección de los derechos humanos en estos términos, sino que estos pasan a ser definidos por cada Estado en el ejercicio de su soberanía estatal y en virtud de algunos criterios –como el margen nacional de apreciación– sobre lo que se abundará con más detenimiento en otros apartes de esta investigación. La DUDH también hace referencia indirecta a la protección de la migración al señalar en su artículo 2 la prohibición de discriminación basadas –entre otros aspectos– en la raza. Esta prohibición de discriminación se extiende en relación con el derecho de toda persona al disfrute y goce de los derechos reconocidos en dicha declaración. Esta alusión indirecta representa en la actualidad un referente para la protección de los derechos humanos de los migrantes.

Aunque la DUDH no obliga directamente a los miembros de las Naciones Unidas, hace más precisas las obligaciones que dimanar para estos de la Carta de las Naciones Unidas<sup>60</sup>. En este último instrumento se contempla, mediante el Artículo 55, inciso c), la obligación que tienen los Estados de cooperar entre ellos<sup>61</sup>. También dispone el deber que tienen de promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades

---

<sup>57</sup> En el Artículo 1 de la DUDH de 1948 se afirma que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

<sup>58</sup> DÍAZ (2016a) p. 184.

<sup>59</sup> Artículo 13 de la DUDH de 1948: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

<sup>60</sup> VENTURA-ROBLES (1996) p. 265.

<sup>61</sup> También véase, Resolución 2625 (XXV) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970.

fundamentales de todos –sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades<sup>62</sup>– y a proteger tales derechos<sup>63</sup>.

Lo cierto es que la DUDH se reserva afirmar expresamente el carácter imperativo de los principios que la integran. Sin embargo, les atribuye el carácter de principios básicos, e insta a todos a que se guíen por ellos, lo que resulta de vital importancia para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas<sup>64</sup>. La DUDH tiene un valor jurídico que no le fue reconocido en su origen y en ese sentido, su fuerza obligatoria no es directa, sino que se adquiere en virtud de su incorporación implícita a la Carta de la Naciones Unidas. Además, difícilmente se encuentra plenamente incorporada al derecho internacional consuetudinario, sino que ha venido obteniendo paulatinamente el reconocimiento de su fuerza obligatoria, meta que aun aún no ha sido enteramente alcanzada<sup>65</sup>. Por tratarse de una declaración y no de un tratado o convenio con fuerza vinculante para los Estados que la han suscrito, la tendencia en cuanto a su reconocimiento va en aumento, pero no termina de hacer parte de la realidad los derechos humanos allí contemplados. No obstante, este instrumento sigue siendo el más amplio e importante de todas las declaraciones emitidas por las Naciones Unidas, inspirando los esfuerzos nacionales e internacionales en la protección de los derechos humanos. En este sentido, su importancia estriba en el hecho de haber asentado las bases filosóficas de muchas de las constituciones nacionales, señalando el rumbo de toda labor desempeñada en este campo como una respuesta a las más profundas aspiraciones del hombre<sup>66</sup>.

#### **b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.**

Al referirnos aquí al PIDCP –como otro instrumento de los que conforman el SUDH– hemos de acotar que este instrumento profundiza en los derechos civiles y políticos enunciados en la DUDH. Por ello, se erige como otra herramienta útil para la protección de los derechos humanos en el ámbito universal. De ello se observan notables repercusiones para el ámbito de la migración internacional. Los derechos aquí reconocidos se hacen extensibles a todos los individuos que se encuentren en el territorio del Estado y estén sujetos a su jurisdicción<sup>67</sup>. Este instrumento –en su artículo 2– contempla para los Estados la

---

<sup>62</sup> Adicionalmente, el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas establece que todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55. Esto es reafirmado por los preámbulos del PIDCP y el PIDESC, en cuyos textos se menciona que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos. Este compromiso de promover implica para el Estado el deber de tomar acciones no sólo en el plano internacional, sino también en el plano nacional (TRAVIESO (1996) p. 260); una relación completa de las resoluciones que recuerdan la obligación del artículo 56 de la Carta puede verse en PEZZANO (2013).

<sup>63</sup> La Asamblea General de Naciones Unidas ha subrayado la obligación que tienen los gobiernos de *promover* y *proteger* los derechos humanos (Resolución 70/150 de 2016, párr. 4 y ss). También en otras resoluciones: 45/163, 46/129, 47/131, 48/125, 49/181, 50/174, 51/105, 52/131, 53/149, 54/174, 55/104, 56/153, 57/203, 58/168, 59/190, 62/165, 64/158, 66/157 y 68/176. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, disponible en: <<https://www.un.org/es/documents/ag/res/45/list45.htm>>, fecha de consulta: 13 septiembre 2019.

<sup>64</sup> REMIRO (1987) p. 69. En igual sentido, GONZALES *et. al.* (2002) p. 113; GRIGORY (1965) p. 100.

<sup>65</sup> NIKKENS (1985) pp. 70, 82.

<sup>66</sup> VENTURA-ROBLES (1996) pp. 255-256.

<sup>67</sup> El artículo 2 del PIDCP de 1966 señala: "...1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a

obligación de respetar y a garantizar los derechos que allí han sido reconocidos<sup>68</sup>. En su catálogo de derechos se contemplan algunos que no fueron establecidos en la DUDH –entre ellos– el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas con humanidad garantizando el respeto a su dignidad. Y a la inversa: determinados derechos de la DUDH no fueron incluidos en el PIDCP, tales como el derecho a la nacionalidad y el derecho al asilo.

Mediante el PIDCP se ha configurado el CCPR como el órgano de supervisión para la aplicación de dicho tratado por sus Estados parte. Este órgano está conformado por expertos independientes<sup>69</sup> y en el ejercicio de sus funciones, puede examinar los informes que los Estados deben enviar, señalando las medidas que se están adoptando en su jurisdicción a fin de implementar los derechos consagrados en el PIDCP; adoptar observaciones generales; atender –de acuerdo con el procedimiento señalado en el Protocolo I– denuncias individuales; y, examinar quejas interestatales.

En el ejercicio de sus funciones supervisoras, la opinión del CCPR no se ha hecho esperar. Este órgano ha señalado que los derechos reconocidos en el PIDCP son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. Asimismo, el CCPR ha acotado que la norma general apunta a la garantía de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el pacto sin discriminación entre nacionales y extranjeros. No obstante, por vía excepcional solo algunos de los derechos reconocidos en el artículo 25 del PIDCP son expresamente aplicables con exclusividad a los ciudadanos, en tanto que los reconocidos en el artículo 13 del PIDCP solo son aplicables a los extranjeros<sup>70</sup>. El CCPR también entiende que el concepto de *todo territorio que esté bajo su jurisdicción*, vinculado al principio de *imperatividad*, incluye cualquier territorio o instalación. Este concepto es aplicable para proteger a toda persona –sea o no nacional y sin discriminación alguna– que esté sujeta al control *de jure o de facto* de un Estado Parte<sup>71</sup>. Hay ciertas garantías básicas que se aplican a todas las personas

---

su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>68</sup> Así lo vemos en las observaciones finales del Comité sobre los informes de los Estados parte. Véase, por ejemplo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2003) párr. 6; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1996) párr. 19.

<sup>69</sup> El CCPR ha sido conformado según lo que preceptúa el artículo 28 del PIDCP. Dicho comité, conformado por 18 miembros, elegidos entre los nacionales de los Estados parte del PIDCP, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDCP por sus Estados parte. Así, todos ellos deben presentar al CCPR informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos, inicialmente este informe debe ser presentado dentro de un año después de su adhesión al PIDCP y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de observaciones finales. Además del procedimiento de presentación de informes, el artículo 41 del Pacto establece que el Comité debe examinar las denuncias entre los Estados. Además, el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Parte en el Protocolo. Para más información, véase sitio web oficial de la OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (1996-2007), *Comité de Derechos Humanos*

*Vigilancia del ejercicio de los derechos civiles y políticos*, disponible en <<https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>>, fecha de consulta: 13 febrero 2018.

<sup>70</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986, párr. 2.

<sup>71</sup> Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 2008, párr. 7.



privadas de libertad. Algunas de esas garantías se especifican en la convención y el comité exhorta constantemente a los Estados a utilizarlos<sup>72</sup>.

El CCPR ha señalado que si bien el PIDCP no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni de residir en él –ya que estas prerrogativas corresponden en principio al Estado–, no obstante, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del PIDCP incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia. Ello es aplicable, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto a la vida familiar<sup>73</sup>. Pero el derecho a la igualdad y no discriminación también se extiende al ámbito de la detención administrativa de inmigrantes. Así, se viola el derecho a la igualdad de protección bajo la ley cuando se procede a la aplicación de políticas de detención de manera discriminatoria –ya sea por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u otra, origen nacional o social–, o cuando se procede a la detención de refugiados en peores condiciones que otros inmigrantes detenidos. Asimismo, este tipo de violaciones se observa ante situaciones de acoso o abuso de mujeres detenidas, o cuando se interfiere con las creencias religiosas y el culto de un detenido en ausencia de una amenaza demostrada para ella misma o los demás. También se vulnera este derecho al no proporcionar un intérprete sin costo –para los detenidos inmigrantes que no dominan el inglés– o se hacen distinciones entre los detenidos según el país de origen con fines discriminatorios. Aquí hemos de tener en cuenta que el PIDCP –de manera un tanto excepcional– garantiza ciertos derechos básicos específicamente a los no ciudadanos, pero no cubre los diversos riesgos especiales de abuso a los derechos humanos a los que los migrantes están expuestos con frecuencia<sup>74</sup>.

**c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.**

El PIDESC –otro de los instrumentos que conforman el SUDH– también desarrolla los derechos contenidos en la DUDH, señalando las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Junto al PIDCP, este instrumento viene a conformar parte de los denominados *Pactos internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York*, porque ambos fueron adoptados al mismo tiempo. Así, el PIDESC es un instrumento que reconoce derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo mecanismos para su protección y garantía. A través de este instrumento se contempla una gama de derechos más amplia de interés para la protección de la migración internacional –así como la protección del derecho que aquí nos ocupa–, entre los cuales se observan: el derecho a la protección de la familia, a contraer matrimonio libremente, el derecho a la protección de la maternidad, el derecho a la protección especial de los niños y los adolescentes, el derecho a un nivel de vida adecuado –incluido el derecho a alimentarse y vestirse adecuadamente y ciertos derechos culturales–, el derecho a la vivienda y a participar en la vida cultural. Estos derechos no son simplemente descritos en el PIDESC, sino que son descritos y definidos. Además, en este instrumento generalmente se establecen los pasos que los Estados deben cumplir para lograr su adecuada implementación.

---

<sup>72</sup> Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 2008, párr. 13.

<sup>73</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986, párr. 5.

<sup>74</sup> GHOSH (2008) p. 40.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>75</sup> ha conformado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo, CDESC), órgano de control del PIDESC cuyo desempeño implica el ejercicio de dos atribuciones principales: (a) recibe y examina los informes que los Estados parte deben enviar, señalando las medidas que se están adoptando en su jurisdicción para implementar los derechos consagrados en el PIDESC; y (b) adopta observaciones generales, orientadas a asesorar a los Estados parte para dar efecto a las disposiciones del PIDESC, mediante el análisis e interpretación de las obligaciones contenidas en dicho tratado.

Ambos instrumentos –tanto el PIDCP como el PIDSC– predicen el goce de los derechos sin discriminación alguna según lo preceptuado en el artículo 2 de ambos pactos<sup>76</sup>. No obstante, una de las diferencias notables entre ambos pactos es el *principio de efectividad progresiva* previsto en la parte II del PIDESC, específicamente en su artículo 2, párrafo 1, en el que se reconocen las dificultades financieras con que tropiezan los Estados parte. Según este principio, cuando un Estado ratifica el PIDESC no asume la obligación de la inmediata implementación –tal como se establece en el PIDCP– sino que este deber es requerido solo hasta el máximo de los recursos de que disponga el Estado para lograr progresivamente –por todos los medios apropiados– la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en el pacto<sup>77</sup>. Ello puede traducirse en un obstáculo respecto del ejercicio efectivo de los derechos contemplados en este instrumento a los inmigrantes. Sin embargo, el PIDESC impone también la obligación inmediata de adoptar medidas conscientes, concretas y determinadas para lograr la plena efectividad de los derechos consagrados en este instrumento.

### 2.1.2. Instrumentos específicos.

La comunidad internacional también ha adoptado otros convenios internacionales concebidos para brindar protección especial a ciertos derechos humanos frente a la

---

<sup>75</sup> El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas decidió que este Comité sería conformado por 18 miembros, nacionales de los Estados parte del PIDESC y que tendría a su cargo la supervisión del cumplimiento e implementación de las disposiciones del PIDESC por los Estados parte. Al igual que los miembros de los otros órganos de control de los tratados, los miembros del CDESC, son conocidos como “expertos”, y deben ser personas con una alta moral y una reconocida trayectoria en el campo de los derechos humanos (Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 1985, p. 1).

<sup>76</sup> El artículo 2 del PIDESC señala “...2. Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, de 1966); y el artículo 2 del PIDCP señala “...1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966).

<sup>77</sup> Empero, son dos las obligaciones que resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados parte. Una de ellas consiste en que los Estados se *comprometen a garantizar* que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación de ninguna índole. La segunda consiste en el *compromiso de adoptar medidas*. Así, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve, tras la entrada en vigor del PIDESC para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC, NACIONES UNIDAS (1990).

discriminación, la tortura y otros tratos crueles, la discriminación contra la mujer, la violación de los derechos del niño, entre otros. Recordemos que la aplicación de estos convenios específicos también se extiende a los inmigrantes por la particular vulnerabilidad a la que estos grupos están expuestos.

**a) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965.**

De primordial importancia para los migrantes, es el disfrute –al que deben acceder todas las personas– de sus derechos fundamentales sobre una base igualdad y sin discriminación. En este sentido, la CIEDR cobra importancia por constituir uno de los pilares del SUDH, tratándose de un instrumento vivo e interrelacionado no sólo con otros instrumentos sino también con otros órganos universales y regionales que impulsan su cumplimiento y evolución.

De primeras, hemos de señalar que esta convención está estructurada en tres partes. La primera contiene las obligaciones de los Estados y el derecho humano a no sufrir discriminación. Su segunda parte establece los mecanismos de cumplimiento de la Convención. Y la tercera, señala las disposiciones generales sobre ratificaciones, su entrada en vigor, enmiendas y autenticidad de textos. Inspirada en la *Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* proclamada en 1963, este instrumento pretende impulsar el disfrute de los derechos sin discriminaciones basadas, entre otros aspectos, en la raza. La anterior declaración –que le sirvió de inspiración– si bien constituyó un gran avance hacia la prohibición de la discriminación– por su propia naturaleza como instrumento no vinculatorio en el ámbito de las Naciones Unidas, no comportó la obligatoriedad suficiente para transformarse en un instrumento que garantizara los derechos a la igualdad<sup>78</sup>.

La CIEDR parte de la noción de igualdad derivada directamente de la unidad de naturaleza del género humano e inseparable de la dignidad esencial de la persona. Frente a esta noción de igualdad resulta incompatible toda situación discriminatoria que –por considerar superior a un determinado grupo– conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa –por considerarlo inferior– lo trate discriminatoriamente en cuanto al goce de sus derechos<sup>79</sup>. Así, la CIEDR en su artículo 1º define la discriminación racial como toda distinción, exclusión o restricción o preferencia –basada en raza, color, ascendencia o nacional u origen étnico– que tiene el propósito o el efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio, en pie de igualdad, del ser humano derechos humanos y las libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social y cultural o cualquier otro campo de la vida pública.

Sin embargo, este instrumento admite diferencias en el tratamiento entre nacionales y no nacionales en su artículo 1.2. Recordemos que la protección contra la discriminación racial y étnica hacia las minorías es particularmente importante para los inmigrantes que casi siempre son minorías en la sociedad receptora. No obstante, tal protección de alguna forma se diluye al permitir estas distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias como las que hay entre ciudadanos y no ciudadanos<sup>80</sup>. Por ello, el Comité para la Eliminación de la

<sup>78</sup> FERRER (2012) pp. 20, 62.

<sup>79</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002) p. 24.

<sup>80</sup> GHOSH (2008) p. 40.

Discriminación Racial (en lo sucesivo, CERD) –órgano que supervisa el cumplimiento del CIEDR por parte de los Estados que la han suscrito<sup>81</sup>– ha pretendido remover esta ambigüedad al afirmar que, mientras que la CIEDR provee elementos que promueven diferencias entre los ciudadanos y los no ciudadanos, esta debe concebirse de manera tal que se evite atacar la prohibición básica de la discriminación<sup>82</sup>. Así, la discriminación por vía legislativa, política o práctica entre diferentes grupos de no nacionales por raza, color, ascendencia u origen étnico constituiría una violación de este instrumento. A tal efecto, el CERD ha señalado que la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituye discriminación si los criterios para establecer esa diferencia –en atención a los objetivos y propósitos de la CIEDR– no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de este<sup>83</sup>.

También hemos de acotar que la CIEDR contempla deberes de acciones positivas para los Estados, estando éstos no solamente obligados a abstenerse de cometer actos que pudieran ser violatorios del *principio de no discriminación*, sino también obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar tal derecho. Además, este instrumento contempla mecanismos de cumplimiento –algunos de naturaleza administrativa<sup>84</sup>– en los que se obliga a los Estados a cumplir ciertos requisitos estrictos<sup>85</sup>.

**b) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.**

Este instrumento específico fue aprobado en 1979 por la comunidad internacional, a fin de abordar la discriminación contra la mujer por motivos de sexo. Si bien este tipo de discriminación –junto a la discriminación racial– ya había sido prohibida en términos generales en los *Pactos de Nueva York*, la CETFDCM atiende de modo pormenorizado todos aquellos aspectos involucrados en tales prohibiciones desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres. He aquí otro instrumento internacional que, en este caso, brinda protección de forma concreta a las mujeres y que por aplicación extensiva también reviste de importancia para el tema que aquí nos ocupa: la protección de los derechos de las mujeres dentro del contexto de la migración internacional. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en lo sucesivo, CEDAW) –mecanismo ideado para velar por su aplicación y compuesto por personas expertas en la materia<sup>86</sup>– ha señalado que las

<sup>81</sup> Este órgano de expertos independientes recibe los informes periódicos de los Estados sobre cómo se están aplicando los derechos. Los Estados deben presentar un informe inicial un año después de su adhesión a la Convención y, posteriormente, cada dos años. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, disponible en: <<https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cerd/pages/cerdindex.aspx>>, fecha de consulta: 11 abril 2019.

<sup>82</sup> Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la discriminación Racial, de 2004, párr. 4.

<sup>83</sup> Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la discriminación Racial, de 2004, párr. 4.

<sup>84</sup> Exclusivamente para los Estados se aplica la presentación de informes, el procedimiento de alerta temprana y el examen de denuncias entre los Estados; mientras que los que permiten la participación de los propios afectados está relacionado con el examen de denuncia de particulares; y el último, que es de naturaleza judicial e interestatal, implica como requisitos estrictos, por ejemplo, el acceso a la Corte Internacional de Justicia.

<sup>85</sup> FERRER (2012) p. 36.

<sup>86</sup> Este Comité está compuesto por 23 personas expertas en la materia. Cada país que ratifica o adhiere a la Convención debe informar a este Comité periódicamente acerca de sus actividades para alcanzar las metas establecidas quien procede a examinar los Informes presentados por los Estados parte, los estudia y formula propuestas y recomendaciones, efectuando también recomendaciones de carácter general a los Estados parte sobre aspectos relativos a la eliminación de la discriminación contra la mujer.

mujeres tienen derechos en todas las etapas del ciclo migratorio. Por ello, los Estados parte tienen la obligación de respetar, proteger y facilitar el ejercicio de tales derechos humanos de las trabajadoras migratorias, así como de las obligaciones jurídicas contraídas en virtud de otros tratados y los compromisos asumidos en relación con los planes de acción de conferencias mundiales para garantizar la prohibición de discriminación sexual o por motivo de género<sup>87</sup>.

La CETFDCM adopta un formato similar al de la CIEDR, pero presenta algunas innovaciones. Esta *carta internacional de derechos humanos de las mujeres* está compuesta por 30 artículos, organizados en 6 secciones en las que se define cuáles son los actos que constituyen discriminación contra la mujer, También contempla un programa de acción para erradicarla tras especificar las diferentes áreas en las que los gobiernos están obligados a eliminar dicha discriminación. La CETFDCM parte definiendo lo que se considera como discriminación contra la mujer, es decir, aquellas que están basadas en su sexo o por motivo de género. En este sentido, este convenio específico es el principal instrumento jurídico internacional relativo a los derechos de las mujeres, al considerar que estas siguen siendo objeto de importantes discriminaciones que minan los principios de la igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana.

El CEDAW ha abordado en detalle las circunstancias que contribuyen a la vulnerabilidad particular de muchas mujeres migrantes y a sus experiencias de discriminación por motivo de género y de sexo, como causa y consecuencia de la violación de sus derechos humanos. Este comité también ha enfatizado que la migración no es independiente del género, ya que las mujeres resultan afectadas de forma distinta a los hombres en el proceso migratorio<sup>88</sup>. Por su parte, el Protocolo Facultativo de la CETFDCM reviste de vital importancia ya que, con su ratificación, los Estados parte permiten que se acepten reclamaciones individuales y se inicien procedimientos de investigación.

**c) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.**

En el año de 1984 se aprobó otro tratado con el propósito de abordar específicamente los actos de tortura y otros tipos de maltrato. Hemos de recordar que en el artículo 7 del PIDCP ya se prohibía la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de forma genérica. Sin embargo, con la CCT se elabora un plan jurídico encaminado tanto a prevenir como a castigar estas prácticas. Se trata así de otro tratado de protección específica que se erige en el tema que nos ocupa. Además de vedar el uso de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, mediante este convenio se ha configurado el Comité contra la Tortura (en lo sucesivo, CAT), como un mecanismo dedicado a monitorear el cumplimiento del CCT por parte de los Estados que son parte. Así, la CCT fue adoptada por la AG el 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor en 1987. Su prohibición –de tipo absoluta– de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es aceptada como un principio del derecho internacional consuetudinario.

---

<sup>87</sup> Recomendación general N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 2008, párr. 3.

<sup>88</sup> Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 2008, párr. 5.

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en lo sucesivo, OPCAT) –cuyo fin es el de adoptar nuevas medidas que permitan alcanzar los objetivos de la CCT y fortalecer la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes– establece un sistema preventivo de visitas periódicas a los lugares de detención, lo que estará a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes. Los Estados que han ratificado y forman parte del OPCAT están constreñidos a instituir un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (en lo sucesivo, MNP)<sup>89</sup>, para que realicen visitas regulares a lugares de detención. El Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (en lo sucesivo, SPT) es el componente internacional del sistema de visitas establecido por el OPCAT. Este sistema de visitas permite a las visitas –según la agenda del subcomité– efectuar entrevistas a los detenidos, vigilar los servicios de los centros de detención y efectuar recomendaciones pertinentes.

Respecto de los actos que constituyen tortura –según la definición del CCT– y los que constituyen *tratos crueles, inhumanos o degradantes*, el CAT ha señalado que en la práctica no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura<sup>90</sup>. Pero, según lo ha entendido el relator especial Theo van Boven, las condiciones inapropiadas de detención constituyen una forma de tortura u otras formas de malos tratos e inhumanos<sup>91</sup>. De hecho, la experiencia demuestra que las condiciones que dan lugar a malos tratos suelen facilitar la tortura y, por ende –dado que la prohibición de estos también tiene carácter absoluto en la CCT, cuya prevención debe ser efectiva e imperativa– las medidas necesarias para impedir la tortura han de aplicarse para impedir los malos tratos<sup>92</sup>. Este principio debiera primar en los casos de detención de inmigrantes en los que las condiciones de detención suelen ser degradantes y pudieran considerarse como *malos tratos* según lo antes referido. Ello permitiría al inmigrante hacer valer sus derechos reconocidos en la CCT. En la jurisprudencia del CCPR se observa una tendencia manifiesta de hacer caso omiso respecto de la diferencia entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ciertamente, este organismo muchas veces expresa que hubo violación del artículo 7 del PIDCP, pero no ofrece mayores precisiones<sup>93</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CorteIDH), ha señalado que la violación del derecho de las personas a la integridad física y mental tiene diferentes niveles. Estos van desde la tortura hasta otros tipos de abuso o trato cruel, inhumano o degradante, cuyas consecuencias físicas y mentales varían en intensidad según los factores endógenos y exógenos del individuo –tales como la duración del trato, la

---

<sup>89</sup> El Protocolo Facultativo de la CAT, establece un sistema de visitas periódicas a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad por parte de los Mecanismos Nacionales de Prevención, órganos independientes para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a nivel nacional. Se trata de mecanismos que deben ser establecidos, designados o mantenidos por los Estados parte (MARIÑO (2006) p. 1092).

<sup>90</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 2.

<sup>91</sup> VAN BOVEN (2002).

<sup>92</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 2

<sup>93</sup> GALINDO (2009) p. 93.

edad, el sexo, el estado de salud, el contexto y la vulnerabilidad<sup>94</sup>–, que deben analizarse en cada situación específica<sup>95</sup>.

El relator especial Nigel Rodley ha establecido los siguientes criterios como necesarios para evitar la vulneración del derecho a la integridad personal: a) La tortura debe ser definida como delito específico en las legislaciones internas; b) Los interrogatorios sólo deben llevarse cabo en centros oficiales, y el mantenimiento de lugares secretos de detención debe quedar abolido en virtud de una ley. Deber ser delito punible el que cualquier funcionario retenga a una persona en un lugar de detención secreto o no oficial; c) La inspección regular de los lugares de detención constituye una de las medidas preventivas más eficaces contra la tortura; d) Cuando un detenido, pariente o el abogado presenta una denuncia por tortura, siempre debe realizarse una investigación; y, e) Deben derogarse las disposiciones legales que conceden exención de responsabilidad penal a los torturadores<sup>96</sup>. Ejemplos de la violación de los anteriores parámetros lo constituyen las pobres condiciones sanitarias de los centros de detención, el no proporcionar a los detenidos visitas al baño en los lugares de detención o, la falta de agua potable disponible en todo momento. También lo son, el encerrar a los detenidos en confinamiento solitario en respuesta a su presentación de agravios, encerrar en hacinamiento a los que padecen de algún trastorno o enfermedad mental, el negarse a administrar la atención médica necesaria a los detenidos enfermos/heridos, así como la adopción de conductas abusivas por parte de los guardias, así como mantener detenidos a los cuidadores primarios lejos de los niños que dependen de ellos, entre otras.

Otra prohibición principal de la CCT figura en su artículo 3: el *principio de no devolución*. Este principio tiene connotaciones importantes para las presentes líneas pues bajo su estandarte se prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que dicha persona estaría en peligro de ser sometida a tortura. De este modo se instituye un límite a la potestad de expulsar que asiste al Estado, quien está llamado a velar por su cumplimiento junto al deber de que todos los actos de tortura constituyan delitos y sean castigados con penas adecuadas.

#### **d) La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.**

En la presente revisión del grupo de tratados que brindan una protección especial, no podemos dejar de mencionar a la CDN. Esta se erige como un instrumento en el que se atienden las vulnerabilidades particulares de los niños en el contexto de la migración internacional<sup>97</sup> y constituye el primer tratado que aborda en todos sus aspectos los derechos de los niños.

Recordemos que, tanto el artículo 24 del PIDCP como el artículo 10 del PIDESC establecen que los niños tienen derecho a todas las medidas de protección que su condición de niños requiera. Si bien todos los tratados internacionales que componen el SUDH son

---

<sup>94</sup> Generalmente, los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes) (CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 112).

<sup>95</sup> CorteIDH, *Caso Lysias Fleury* (2011, serie C n° 180) párr. 73.

<sup>96</sup> RODLEY (1995) p. 189.

<sup>97</sup> Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, de 2005; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2012).

aplicables en la protección de los menores de 18 años<sup>98</sup>, se procedió a la adopción de un instrumento vinculante a nivel internacional que permitiese asegurar dicha protección específica respecto de sus derechos humanos, condición jurídica que también ha sido ratificada a nivel regional<sup>99</sup>. Su antecedente a nivel universal se encuentra en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en el seno de la AG del 20 de noviembre de 1959.

En su Preámbulo, la CDN contempla a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Por ello, los Estados firmantes han entendido que este grupo debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. También se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia. Además, de este texto se leen principios inspiradores tales como la paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Este instrumento se constituye en el principal tratado de protección que ha gozado de mayor reconocimiento a nivel de la comunidad internacional<sup>100</sup> y su aplicación se extiende también a los niños, niñas y adolescentes migrantes.

**e) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990.**

Para finalizar con esta sección introductoria, debemos referirnos al único instrumento convencional específico en el ámbito universal de protección de los derechos humanos que está encaminado a la protección de los derechos de los migrantes en el ámbito laboral: la CTMF. En 1990, los Estados miembro de las Naciones Unidas aprobaron esta convención que entró en vigor en 2003<sup>101</sup>.

La CTMF es aplicable a todo el proceso migratorio, desde la preparación para la migración, la partida y el tránsito hasta el período total de permanencia y la actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o de residencia habitual. La mayoría de los derechos guardan relación con el Estado receptor, aunque también hay obligaciones específicas para el Estado de origen. Quizás tomando en consideración la conexión *íntima* entre el problema de la nacionalidad y el de la condición de extranjeros a la que se refiriese Niboyet, este instrumento contempla el derecho de igualdad ante la ley que le asiste al inmigrante y el derecho a no ser discriminado. Pese a que este derecho se exige en todas las etapas del proceso migratorio, según la CTMF, la observancia de este derecho es mayormente exigible durante el período de ejercicio de una

---

<sup>98</sup> Vease, Preámbulo de la CDN que señala “la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el PIDCP (en particular, en los artículos 23 y 24), en el PIDESC (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

<sup>99</sup> Vease, CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002* (2002, serie A n° 17).

<sup>100</sup> MORLACHETTI (2013) p. 11.

<sup>101</sup> Según lo estipulado en su artículo 87. 1 este Convenio debía entrar en vigor el primer día del mes siguiente a un período de tres meses después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Treaty Collection*, disponible en: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en)>, fecha de consulta: 10 octubre 2016.



actividad remunerada. Así, brinda protección al inmigrante contra la preferencia de otra persona en base a características como la raza, el color de la piel, la edad, el sexo, el estado civil, el idioma, la religión, la ideología, la orientación sexual, la nacionalidad, la posición social o económica, el físico, o una discapacidad<sup>102</sup>. Como lo señalara Chueca, estamos frente a la obligación de no introducir discriminaciones en la norma, de borrar las existentes y de combatir activamente las prácticas discriminatorias, obligando a los Estados a cumplir completamente las normas del derecho internacional de los derechos humanos que les vinculan y, por ello, a admitir la vigencia del *ius migrandi*<sup>103</sup>.

La CTMF también contempla el derecho de libre circulación en su artículo 8. Este derecho está restringido por el derecho a controlar las fronteras que tienen los Estados. Por ello, es necesario que los emigrantes obtengan los permisos necesarios para cruzar los países de tránsito y para entrar y trabajar en el país de destino<sup>104</sup>. Sin embargo, este derecho se ve vulnerado cuando el Estado de origen impide que las personas que deseen emigrar lo hagan, a menos que haya una razón legal que lo prohíba. Ello confirma que, según lo ha señalado Goodwin-Gill, este derecho “nunca ha sido considerado un derecho absoluto”<sup>105</sup>. Al respecto debe tenerse presente que, según el artículo 1° de la CTMF, cuando una persona se está preparando para emigrar, con o sin su familia, debe cumplir con los requisitos que para ese efecto impone la legislación del Estado a sus nacionales<sup>106</sup>. En este sentido, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en más, CMW) –órgano conformado por expertos independientes que supervisan la aplicación del tratado por parte de los Estados parte– ha contemplado a la facultad para regular la entrada y la permanencia como un principio básico de la Convención<sup>107</sup>. Así, el CMW se ha referido a la existencia de un equilibrio entre la soberana facultad de los Estados de controlar sus fronteras –regulando la entrada y permanencia de los trabajadores migrantes– y la protección de los derechos humanos<sup>108</sup>. Al regular la migración no documentada, la CTMF no pretende incitarla, pero reconoce la necesidad de asegurar a sus actores los derechos humanos fundamentales<sup>109</sup>. Sin embargo, un sistema de inmigración más riguroso –aunque es parte de una respuesta legítima de los Estados a la migración irregular– puede tener como consecuencia el incremento en la vulnerabilidad del inmigrante, por lo que es más recomendable combinar el cumplimiento de la ley con prevención y educación a través de mecanismos internos del Estado e internacionalmente a través de la cooperación internacional<sup>110</sup>.

### **2.1.3. La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.**

El gran volumen de tratados de derechos humanos e instrumentos internacionales es indicativo de la importancia que la comunidad internacional otorga al respeto de la dignidad

---

<sup>102</sup> PALACIOS (2010) p. 441.

<sup>103</sup> CHUECA (2013) p. 15

<sup>104</sup> PALACIOS (2010) p. 435.

<sup>105</sup> GOODWIN-GILL (1995) pp. 93 y 96.

<sup>106</sup> PALACIOS (2010) p. 435.

<sup>107</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 13.

<sup>108</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 6.

<sup>109</sup> PALACIOS (2010) p. 432.

<sup>110</sup> GIOVANNETTI (2010) p. 108.

inherente a todos los seres humanos. Las disposiciones generales de derechos humanos son amplias e incluyen numerosos conceptos que se basan en los principios básicos del estado de derecho. Estos cubren una amplia gama de derechos humanos. Aquí, buscamos identificar aquellos derechos específicos que son más relevantes para el bienestar y la dignidad de los inmigrantes detenidos con fines de expulsión.

En este sentido, durante el desarrollo de esta investigación se ha esquematizado el análisis de la información en base a los derechos humanos que son más susceptibles a su vulneración durante la detención y expulsión de inmigrantes<sup>111</sup>, a saber: a) el resguardo de la integridad del inmigrante detenido y por ende, la protección de su derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes durante la detención, efectuando una revisión de las condiciones mínimas que deberían respetarse en los centros de detención de inmigrantes y otros aspectos vinculados a la defensa de este derecho; b) la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar, con especial énfasis en la protección de los derechos del menor durante la detención y expulsión, así como el derecho a la reunificación familiar; y, c) el resguardo del derecho al debido proceso durante la detención administrativa de inmigrantes y en la expulsión de estos del territorio del Estado que se trate. Las fuentes de estos derechos a menudo son variadas y se superponen en su cobertura. Estas redundancias refuerzan la importancia de los derechos específicos tratados aquí.

De seguidas, se efectúa una revisión más detallada de la obligación de protección contenida en los tratados internacionales antes aludidos, incluyendo la protección que se brinda a los derechos humanos que particularmente constituyen el objeto de estudio de esta investigación.

**a) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

El hacer referencia a la necesidad de brindar un trato humano y digno durante la detención y expulsión de inmigrantes, nos exige una revisión previa de algunos aspectos del derecho a la integridad personal. Ello, dado que los instrumentos que regulan este derecho tienen un contenido mayor que la mera protección contra la tortura y demás conductas prohibidas. Además, según hemos acotado en las anteriores líneas, existen distintos tratados internacionales y decisiones de organismos internacionales en relación con el derecho a la integridad personal, sus características, alcances y limitaciones. Estos instrumentos de derechos humanos brindan protección a los ciudadanos de todos los países, independientemente de si viven dentro o fuera del país de nacimiento. Así, los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personal, por lo que –si son privados de su libertad con arreglo a derecho– deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona<sup>112</sup>. En efecto, el artículo 5 de la DUDH contempla la protección de este derecho, señalando que *nadie* será sometido a torturas ni a penas o tratos

---

<sup>111</sup> Véase, Informe del CCPR en el que se enfatiza la reiterada vulneración de estos derechos durante la detención y expulsión de inmigrantes por parte del gobierno español (NACIONES UNIDAS (2015b) párr. 15-19, 23); o el Informe sobre centros de internamiento de extranjeros en España presentado por MIGREUROP, en los que se refleja la realidad que enfrentan los inmigrantes detenidos en los centros de internamiento en España. Para más información, véase sitio web oficial de MIGREUROP, *CIE: derechos vulnerados*, disponible en: <<http://www.migreurop.org/IMG/pdf/CIE-rapport-MigreuropES.pdf>>, fecha de consulta: 5 julio 2017.

<sup>112</sup> Observación general N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 2008, párr. 7.

cruels, inhumanos o degradantes. Esta protección es absoluta e intangible<sup>113</sup>, que no admite ningún tipo de excepción. Según la referida declaración, la violación del derecho a la integridad física y mental tiene diferentes niveles que van desde la tortura hasta otros tipos de abuso o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas consecuencias físicas y mentales varían en intensidad.

Por su parte el PIDCP en su artículo 7 contempla la prohibición de tortura en los mismos términos de la DUDH, pero agregando una previsión específica en relación con el sometimiento sin el libre consentimiento del individuo a experimentos médicos o científicos. El CCPR se ha pronunciado sobre ello, señalando que el derecho a la integridad personal “...no tendrá o admitirá limitación alguna”<sup>114</sup>. Asimismo, el referido comité ha acotado que los Estados no pueden invocar justificación o circunstancia atenuante como pretexto para violar el artículo 7 del PIDCP por cualesquiera razones, en particular las basadas en una orden recibida de un superior jerárquico o de una autoridad<sup>115</sup>.

Según el relator especial Theovan Boven “...las condiciones inapropiadas de detención constituyen una forma de tortura u otras formas de malos tratos e inhumanos”<sup>116</sup>. Por ello, el CCPR también ha reseñado el deber que asiste al personal encargado de aplicar la ley, entre los cuales se encuentra el personal médico, los funcionarios de policía y cualesquiera otras personas que intervienen en la custodia o el trato de toda persona sometida a cualquier forma de detención. Estos deberán recibir una instrucción y formación adecuadas, a fin de que la prohibición consignada en el artículo 7 forme parte integrante de las reglas operativas y las normas éticas que deben respetar esas personas<sup>117</sup>.

Por su parte el CCT, inspirado en las disposiciones de la DUDH y el PIDCP, también contiene regulaciones genéricas –respecto del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes– que son aplicables a los procedimientos de detención de inmigrantes. Así, en su artículo 3 señala que ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, para lo cual deberán efectuar todas las consideraciones pertinentes<sup>118</sup>. Según esta previsión –además de contener el principio de *no devolución*–, la detención del inmigrante sería improcedente si se toma en cuenta que esta solo se justifica a los fines de proceder a la expulsión. Adicionalmente, en su artículo 16 la CCT señala el deber que tienen los Estados parte de prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura. Especialmente, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

---

<sup>113</sup> VAN BOVEN (2002).

<sup>114</sup> Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos, de 1992.

<sup>115</sup> Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos, de 1992.

<sup>116</sup> VAN BOVEN (2002).

<sup>117</sup> Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos, de 1992, párr. 10.

<sup>118</sup> *Cfr.* CCT, Artículo 3: “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

Respecto de la expulsión y las garantías mínimas que deben respetarse a fin de prevenir posibles vulneraciones contra el *principio de no devolución* cuando hay riesgo de sufrir tortura por parte del Estado receptor, se ha señalado recientemente que se debe: a) Asegurar el derecho de toda persona a que su caso se examine de forma individual y no colectiva, y a ser informada cabalmente de los motivos por los que es objeto de un procedimiento que puede conducir a una decisión de expulsión y de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico para recurrir esa decisión; b) Facilitar el acceso de la persona a un abogado<sup>119</sup>, así como a la asistencia jurídica gratuita en caso necesario y a representantes de organizaciones internacionales pertinentes que ofrezcan protección<sup>120</sup>; c) Tramitar un procedimiento administrativo o judicial relativo a la persona en un idioma que esta comprenda o con la asistencia de intérpretes y traductores<sup>121</sup>; d) Documentación eficaz según lo regulado por el Protocolo de Estambul<sup>122</sup>; e) Velar por que la persona pueda ejercer su derecho a recurrir la orden de expulsión ante un órgano administrativo y/o judicial independiente dentro de un plazo razonable a partir de la notificación de la orden, y por qué la interposición de un recurso tenga efecto suspensivo sobre la ejecución de la orden<sup>123</sup>; f) Remitir a la persona, cuando alegue haber sido torturada anteriormente, a un examen médico independiente y gratuito, g) Proporcionar capacitación efectiva a todos los funcionarios que se ocupen de las personas sometidas a procedimientos de expulsión acerca del respeto de las disposiciones del artículo 3 de la CCT a fin de evitar decisiones contrarias al principio de no devolución<sup>124</sup>; h) Proporcionar capacitación efectiva al personal médico y de otro tipo que trate a las personas privadas de libertad, los migrantes y los solicitantes de asilo para la detección y la documentación de las señales de tortura, teniendo en cuenta el Protocolo de Estambul<sup>125</sup>.

Según las disposiciones de la CCT, las garantías diplomáticas ofrecidas por el Estado receptor a la persona sujeta a un procedimiento de expulsión no se deben utilizar como

---

<sup>119</sup> Véase, observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2017a) párr. 13.

<sup>120</sup> Véase, observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Serbia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2015) párr. 15. Véase también, Comité contra la Tortura, Kwami Mopongo y otros c. Marruecos (2014, CAT/C/53/D/321/2007) párr. 11.3 y 11.4.

<sup>121</sup> Véanse, por ejemplo, las observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de Letonia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2013a) párr. 17.

<sup>122</sup> Véase, las observaciones finales sobre Cabo Verde en ausencia de informe, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2017b) párr. 29; las observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Nueva Zelandia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2015b) párr. 18; y las observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Dinamarca, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2016) párr. 23; Véase también, Comité Contra la Tortura, Ali Fadel c. Suiza (2015, CAT/C/53/D/450/2011) párr. 7.6 y 7.8; y, Comité Contra la Tortura, *M. B. y otros c. Dinamarca*, (2016, CAT/C/59/D/634/2014) párr. 9.8.

<sup>123</sup> Véase, observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2017a) párr. 13.

<sup>124</sup> Véase, observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Estado Plurinacional de Bolivia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2013b) párr. 17; y las observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Bulgaria, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2011) párr. 16.

<sup>125</sup> Véase, observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Nueva Zelandia, COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2015b), párr. 18.

resquicio para evitar la aplicación del *principio de no devolución*<sup>126</sup> cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en ese Estado.

Junto a las anteriores disposiciones, también encontramos –más concretas en el ámbito migratorio– las que se contemplan en el catálogo de derechos de la CTMF. En su artículo 17 se contempla el derecho de los trabajadores migratorios privados de libertad a ser tratados con humanidad. En sus disposiciones también se incluye el derecho a la integridad personal –en sus artículos 10 y 11– cuyo contenido abarca el resguardo de la integridad física, psíquica y moral del individuo. Así, el derecho a la integridad personal incluye la prohibición de ser sometidos a esclavitud, a servidumbre, a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a trabajo forzoso u obligatorio, circunstancias que según la práctica generalmente ocurren en sectores como el servicio doméstico, los trabajos agrícolas, el trabajo en los talleres industriales y en los restaurantes y en los hoteles<sup>127</sup>, pero que también se extiende a los ámbitos de la detención administrativa de inmigrantes. En tal sentido, el CMW ha precisado que los Estados deben garantizar condiciones de detención adecuadas de conformidad con las normas internacionales aplicables –como, por ejemplo, la provisión de instalaciones sanitarias, de baño y de ducha adecuadas, así como de alimentos y agua potable suficientes–, velando por que los inmigrantes detenidos no sean sometidos a ninguna forma de trato inhumano, incluidos la violencia y los abusos sexuales, por los guardias u otros detenidos o reclusos<sup>128</sup>.

El artículo 17 de la CTMF –en su párrafo 3– reafirma el carácter no penal de la detención administrativa. El CMW ha señalado que los inmigrantes que sean detenidos por violación de las disposiciones sobre migración deben ser alojados en centros especiales específicamente diseñados para tales propósitos –sin mayores restricciones ni en condiciones más severas que las requeridas para garantizar la seguridad de su custodia y el mantenimiento del orden–, debiéndose implementar inspecciones independientes para impedir casos de tortura y otras formas de malos tratos y abusos. Ello debido a la particular vulnerabilidad en que se encuentran los inmigrantes detenidos<sup>129</sup>. En todo caso y atendiendo a los propósitos perseguidos por los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, lo que se pretende es que todas estas instalaciones funcionen bajo estándares que garanticen la debida protección y trato humano hacia el detenido.

Lo consagrado en el artículo 12 del PIDESC relativo al derecho a la salud –también reconocido en el artículo 5 de la CIERD, junto al artículo 11 y el artículo 12 de la CETFDCM, y el artículo 24 de la CDN– se encuentra relacionado con las disposiciones anteriores. El primer instrumento para establecer un derecho a la salud fue la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1946, cuyo Preámbulo define la salud y la reconoce como un derecho. Ello constituyó un gran avance en el campo del derecho internacional de la salud y los derechos humanos, creando un importante punto de partida para la elaboración ulterior del derecho a la salud en los instrumentos de derechos humanos<sup>130</sup>. Así, de acuerdo con las disposiciones de los tratados anteriormente reseñados, todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible y, en

<sup>126</sup> Véase, Comité Contra la Tortura, *Tursunov c. Kazajstán* (2015, CAT/C/54/D/538/2013) párr. 9.10; y, Comité Contra la Tortura, *H. Y. c. Suíza* (2017, CAT/C/61/D/747/2016) párr. 10.7.

<sup>127</sup> PALACIOS (2010) p. 439.

<sup>128</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 36.

<sup>129</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 38 y 48.

<sup>130</sup> TOEBES (2012) p. 145.

consecuencia, este derecho debiera ser garantizado al inmigrante durante la detención administrativa y las condiciones bajo las que esta se desarrolla. Por ello, los Estados parte tienen la obligación de velar por que todas las personas tengan acceso efectivo –como mínimo– a un nivel básico de atención de la salud sin discriminación alguna<sup>131</sup> e independientemente de su estatus migratorio. Sin embargo, precisar la extensión de las obligaciones del Estado resulta difícil. Ello quizás pueda ser resuelto al proponer la definición del núcleo mínimo del derecho, entendiendo que el contenido básico de un derecho humano social consiste en aquellos elementos esenciales sin los cuales el derecho perdería su significación como derecho humano. A este núcleo le correspondería un nivel mínimo absoluto de protección de derechos humanos que los Estados deberían sostener siempre, con independencia de la situación de su economía u otros factores disruptivos en el país<sup>132</sup>.

El CDESC mediante su Observación General N° 14 –emitida en el año 2000: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, párrafo 8– ha acotado explícitamente que el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano<sup>133</sup>. Luego, en la misma parte, el referido comité ha precisado que el derecho a la salud entraña libertades y derechos. Dentro de las libertades figuran el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Dentro de los derechos, figuran el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud<sup>134</sup>.

El CDESC también se ha referido a la calidad de la atención en salud en su Observación General N° 14, sección 12, letra d). Aquí ha acotado que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca –entre sus elementos esenciales e interrelacionados y cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte– la calidad<sup>135</sup>. Además de aceptables –desde una perspectiva cultural–, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas<sup>136</sup>. Así, el referido comité ha precisado que, al momento de determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la salud es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado parte de cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 12, que se refiere al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del PDESC, en virtud del cual cada Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga<sup>137</sup>.

En este orden de ideas, los *Principios Interamericanos sobre la Detención* señalan que toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico

<sup>131</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 72.

<sup>132</sup> HENDRIKS y TOEBES (1998) p. 325.

<sup>133</sup> Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000, párr. 8.

<sup>134</sup> Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000, párr. 8.

<sup>135</sup> Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000.

<sup>136</sup> Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000.

<sup>137</sup> Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000, párr. 47.

o psicológico, inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de internamiento. Ello con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, asegurando tratamiento de cualquier problema significativo de salud<sup>138</sup>. El artículo 17, párrafo 7 de la CTMF contiene una cláusula específica de *no discriminación* según la cual los inmigrantes que estén detenidos o presos gozarán de los mismos derechos que los nacionales del Estado. Esta cláusula extiende a los inmigrantes detenidos la aplicación de ciertas garantías procedimentales adicionales a las estipuladas en el artículo 17, como el derecho a acceder a profesionales de la salud<sup>139</sup>. También ha señalado el CMW que la privación de libertad puede resultar particularmente perjudicial para las categorías vulnerables de trabajadores migratorios e incidir negativamente en su salud física y mental. Por ello deben adoptarse medidas especiales para proteger a estas personas, permitiéndoles acceder a servicios de salud, medicamentos y servicios de asesoramiento adecuados<sup>140</sup>. A su vez, el artículo 28 de la CTMF prevé para los inmigrantes y sus familiares el derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en pie de igualdad con los nacionales del Estado parte. Así, con base en el artículo 28 de la CTMF se prohíbe la denegación de la atención médica debido a alguna irregularidad en lo que respecta a su estancia en el país, no debiendo ser utilizada la atención de la salud como instrumento de control de la inmigración<sup>141</sup>.

Por su parte –tras la revisión del *soft law* dentro del ámbito universal–, no podemos dejar de mencionar los aportes del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* de 1988, preparados para brindar protección complementaria a los derechos humanos de los detenidos. Este documento contiene 39 principios aplicables a cualquier tipo de privación de libertad, lo que incluye la detención administrativa de inmigrantes. Inicia la redacción de su primer principio haciendo referencia al derecho que tiene todo detenido a un trato humano y con el respeto inherente a su dignidad, agregando posteriormente – en el principio 6– que ninguna persona detenida podrá ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que incluye una protección contra cualquier posible abuso físico o mental. También, contempla la separación de los detenidos que aún no han sido condenados del resto de los prisioneros en el principio 8. Asimismo, en los principios 24 y 26 se reconoce el derecho del detenido a acceder a la atención médica al momento de ser ingresado en el lugar de detención y una revisión médica periódica, dejando registros de dicha atención, así como de los resultados de tales exámenes. El principio 22 contempla la prohibición de sometimiento a experimentos médicos, aun en aquellos casos en los que se pudiese contar con el consentimiento del detenido.

También, en el contexto del *soft law*, resultan interesantes los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de las personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 1982<sup>142</sup>, compuestos por seis principios. Según lo expresan sus principios 1, 2 y 4, su objetivo ha sido el de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas bajo el mismo nivel de cualquier otra persona no detenida, evitando la

---

<sup>138</sup> CIDH (2008).

<sup>139</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 43.

<sup>140</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 46.

<sup>141</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 74.

<sup>142</sup> Resolución 37/194 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1982.

participación del personal de la salud en cualquier conducta considerada como contraria a la ética y que de alguna manera inflija algún daño o sufrimiento físico o mental al detenido.

En el ámbito de las Naciones Unidas, también pueden revisarse las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* de 1990. Según la regla 31, la detención debe ejecutarse en lugares que satisfagan las necesidades de higiene y dignidad humana. Además, según las reglas 81-87 se debe contar con disponibilidad de personal adecuado y capacitado para atender las necesidades básicas de los menores detenidos. Se debe proveer –según las reglas 35-37– de ropa de cama limpia, instalaciones sanitarias aseadas y privadas, acceso a sus efectos personales junto a un lugar seguro para guardarlos, posibilidad de usar su vestimenta personal y con acceso a una alimentación balanceada y adecuada a su edad. Incluso se contempla el acceso a la atención médica adecuada desde el momento del ingreso y durante la detención –reglas 49-51–, prohibiéndose el uso de la fuerza o coerción con cualquier fin, salvo que hayan fracasado todos los otros medios y siempre bajo previa autorización de ley o reglamento y sin causar humillación ni degradación y por un tiempo restrictivo.

A modo de resumen, la siguiente Tabla (N° 1) destaca la protección del derecho aquí revisado según las disposiciones de los instrumentos que conforman el SUDH. En esta se indica el tratado específico y la disposición que lo contiene:

**TABLA N° 1**  
**Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en los instrumentos del SUDH**

Objeto de protección	Disposiciones
Dignidad e integridad personal: Prohibición de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	Artículo 5 DUDH; artículo 7 PIDCP.
Protección del derecho a la salud: atención médica y sanitaria al detenido.	Artículo 12 PIDESC; artículo 5 CIERD; artículo 12 CETFDCM; artículo 24 CDN.
Principio de <i>no devolución</i> .	CTMF artículo 17.3 y artículo 7; artículos 3 y 16 CCT.

**b) Del derecho a la vida privada y familiar.**

El derecho a estar libre de interferencia –arbitraria o ilegal– a la privacidad y a la vida familiar constituye una garantía importante para las personas detenidas con fines de expulsión. Esta interferencia también adquiere especial relevancia en lo relativo a la relación y comunicaciones entre un detenido y su abogado. Para mayor especificidad, las siguientes circunstancias son ejemplos de actuaciones en las que se vulnera este derecho: a) Privación de las visitas con parientes o interferencia con la correspondencia familiar sin una amenaza demostrada para la seguridad de la instalación; b) Retener a los cuidadores primarios en detención y lejos de sus hijos que dependen de su apoyo para vivir; c) Transferir al detenido a instalaciones que están lejos de su familia; d) Negación del derecho a contactar a sus familiares para notificarles de una transferencia; e) Interferencia con la correspondencia legal.



En el plano universal, si bien la DUDH en su artículo 12 contempla la prohibición de injerencias arbitrarias en la familia, nada señala respecto del desarrollo del derecho a la vida familiar<sup>143</sup>. Por su parte, el PIDCP –en su artículo 17– reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Este pacto –en su artículo 24– prevé concretamente la protección de los derechos del niño, en su condición de menor o como miembro de una familia. Además, en su artículo 17 hace referencia a la prohibición de injerencias arbitrarias en los mismos términos que lo hace la DUDH. El CCPR ha precisado que la noción de *familia* contemplada en el PIDCP debe interpretarse como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado parte de que se trate<sup>144</sup>. En vista de que existen diversos tipos de familia –como, por ejemplo, el de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales–, los Estados parte deberían también indicar en qué medida la legislación junto a las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y sus miembros<sup>145</sup>.

Adicionalmente, la protección de este derecho se extiende a los extranjeros mediante lo contemplado en la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven* de 1985 (artículo 5.1), incorporada en el anexo a su Resolución 40/144 de la AG, cuyo contenido precisa que los extranjeros gozan del derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la familia. Al respecto, el CCPR ha señalado que los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia y sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere<sup>146</sup>. Además, el aludido Comité ha observado –en relación con las injerencias ilegales– que el término *ilegales* significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del PIDCP<sup>147</sup>.

El CCPR ha precisado que cuanto más tiempo haya vivido un extranjero en un país, especialmente si ha fundado una familia allí, más sólidos deben ser los argumentos del gobierno para justificar su expulsión y deportación. Se ha subrayado que el PIDCP protege el derecho de las familias a vivir juntas<sup>148</sup>. Asimismo, este Comité ha declarado que “...la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares”<sup>149</sup>. Por ello, “...se debe considerar una ‘injerencia’ en la familia el hecho de que el Estado Parte decida deportar a un padre de familia con cuatro hijos menores y obligue a la familia a escoger entre acompañarlo o permanecer en el Estado Parte, al menos en circunstancias en que, como en este caso, de una forma u otra

---

<sup>143</sup> De hecho, la única referencia de la DUDH de 1948 al desarrollo de la vida familiar es la que aparece en el artículo 16.3: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”.

<sup>144</sup> Véase, Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos, de 1990, párr. 2.

<sup>145</sup> Véase, Observación General N° 16 del Comité de Derechos Humanos, de 1988, párr. 5.

<sup>146</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986, párr. 7.

<sup>147</sup> Véase, Observación General N° 16 del Comité de Derechos Humanos, de 1988, párr. 3.

<sup>148</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986.

<sup>149</sup> Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos, de 1990, párr. 5.

ello pueda ocasionar trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado durante años”<sup>150</sup>.

Por su parte, el CMW ha señalado que los Estados parte deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio<sup>151</sup>. Recordemos que el artículo 17, párr. 5 de la CTMF, garantiza a los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos o presos el mismo derecho que tienen los nacionales a recibir visitas de miembros de su familia. Para ello debe evitarse el internamiento en lugares alejados –que dificulten el acceso de los miembros de la familia–, atendiendo a los problemas que la privación de libertad pueda plantear a los familiares de los detenidos, en particular los cónyuges y los hijos menores<sup>152</sup>. También se ha acotado que nunca debería recluirse a niños, y en particular si se trata de niños no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración<sup>153</sup>. Además, el CMW ha urgido a los Estados parte a contemplar como norma general la no privación de libertad de niños ni de las familias con hijos, debiendo siempre dar prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad. Cuando la detención familiar sea inevitable –en el caso de los niños migrantes detenidos junto a sus padres–, se habilitarán unidades familiares especiales, no debiendo ser separados de sus padres contra la voluntad de estos, salvo cuando dicha separación sea necesaria en el interés superior del niño<sup>154</sup>.

En el contexto de la protección del derecho a la vida familiar y la subsecuente protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la CDN, el Comité de Derechos del Niño (en lo sucesivo, CRC) –órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN por sus Estados parte<sup>155</sup>– ha efectuado varias recomendaciones. Estas persiguen identificar una solución duradera que resuelva todas las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran calidad de no acompañados y fuera de su país de origen, con un enfoque enmarcado en las posibilidades de reunificación familiar del niño, niña o adolescentes con sus padres<sup>156</sup>.

Hemos de recordar que entre los principios rectores de la CDN se destaca el principio relativo al interés superior del niño. Aunque sobre tal principio la referida Convención no ofrece una definición precisa, de la redacción del artículo 3 se deduce que este rige todas las decisiones y medidas que se adopten por parte de las instituciones públicas o privadas. Esto incluye las medidas adoptadas para la detención administrativa de inmigrantes. En este orden de ideas, el CRC ha señalado que las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia, su secuencia y prioridad, se regirán por el principio del interés superior del niño<sup>157</sup>. Respecto de

<sup>150</sup> Comité de Derechos Humanos, *Caso Madafferi vs. Australia* (2004, comunicación n° 1011/2001).

<sup>151</sup> Observación General N° 1 del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 2011, párr. 54.

<sup>152</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 41 y 42.

<sup>153</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 33.

<sup>154</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 44.

<sup>155</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Comité de los Derechos del Niño: Vigilancia del ejercicio de los derechos del niño*, disponible en: <<https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>156</sup> Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, de 2005, párr. 79 y 81.

<sup>157</sup> Véase, Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, de 2005, párr. 31.

la detención de niños, niñas y adolescentes, este comité también ha señalado que la detención no es admisible cuando obedezca solo a su condición de migrante<sup>158</sup>.

La CDN – en su artículo 2.1 – está orientada bajo el principio del derecho a la igualdad, con reconocimiento del derecho del niño, niña o adolescente a no ser discriminado entre otras razones, por motivos raciales, cuestiones de origen y etnia. Sobre este principio el CRC ha indicado que se prohíbe toda discriminación basada en la situación de migrante de cualquier niño, niña o adolescente, entre otras situaciones que se dan dentro de este contexto<sup>159</sup>. Así, el papel de los Estados en la aplicación efectiva de la convención exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y ejecutar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad civil<sup>160</sup>.

En el ámbito de las Naciones Unidas se han implementado un conjunto de declaraciones y demás documentos de *soft law* que bien valdría la pena considerar en lo que a la interpretación de este derecho se refiere. Así, observemos el contenido del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*<sup>161</sup>. Si bien, los principios 15, 16 y 19 de este documento contienen consideraciones respecto del derecho al debido proceso, en estas disposiciones se contempla también la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar con disposiciones relativas al derecho del detenido de comunicarse con sus familiares, así como la notificación a estos últimos de la detención y del lugar donde se encuentra la persona detenida. Esto incluye a los padres o tutores en caso de que la persona en cuestión sea menor de edad, pudiendo efectuar visitas al detenido. Ello justifica lo contemplado en el principio 20 de este documento, según el cual el lugar de detención debe ser lo más cercano posible al domicilio del detenido.

Cónsono con lo anterior, las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*<sup>162</sup> reflejan la necesidad de ejercer mayor vigilancia con respecto a la situación específica de los niños y los menores en situaciones de privación de libertad. Si bien estas directrices han sido elaboradas para su implementación directa respecto de la privación de libertad en el ámbito penal, bien podrían ilustrar los principios que deben guiar las buenas prácticas en la detención administrativa de inmigrantes. Ello por tratarse de una privación de libertad y a fin de promover la seguridad y las condiciones dignas de los detenidos<sup>163</sup>. En la regla 1 se observan principios que prevén la detención como última medida. También se estipula –en la regla 2– el deber de garantizar el resguardo de los derechos humanos, así como la participación –según la regla 12– en actividades que fomenten su desarrollo personal y de su dignidad humana, entre otros aspectos.

La variedad de disposiciones contempladas en el SUDH respecto del resguardo del derecho a la vida privada y familiar pueden observarse de modo más conciso en la Tabla N° 2 que se observa a continuación:

<sup>158</sup> Véase, Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, de 2005, párr. 61.

<sup>159</sup> Véase, Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño, de 2005, párr. 18.

<sup>160</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003) párr. 27.

<sup>161</sup> Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1988.

<sup>162</sup> Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1990.

<sup>163</sup> De hecho, las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* de 1990 precisan –en su perspectiva número 11.b relativa a las definiciones aplicables en ese documento– que tales reglas serán aplicables a cualquier tipo de privación de libertad de menores sea esta ordenada por una autoridad judicial, administrativa o pública, lo que hace extensible su aplicación a la detención de menores, por lo menos en lo que respecta a los centros de detención de migrantes, tal como se señala en la perspectiva fundamentales, numeral 15 del referido documento, *cf.* Numerales 11, b y 15.

**TABLA N° 2**  
**Del derecho a la vida privada y familiar en los instrumentos del SUDH**

Objeto de protección.	Disposiciones
Derecho a la vida privada y familiar.	Artículo 12 DUDH; artículos. 23, 24 y 17 PIDCP; artículo 17. 5 CTMF.
Derechos de los menores de edad y protección del interés superior del niño.	Artículo 17 PIDCP; artículo 3 CDN.

**c) Del derecho al debido proceso.**

El derecho a un debido proceso se observa íntimamente vinculado al resguardo del derecho a la libertad personal junto a las excepciones admitidas este derecho. Estamos en presencia de un derecho que es inherente a la dignidad humana de una persona. Hemos de acotar que, el solo hecho de que un inmigrante esté detenido no es evidencia *prima facie* de la conculcación de un derecho humano. Empero, cuando ese inmigrante está retenido sin causa justificada –o retenido con causa, pero tratado inhumanamente–, sus derechos humanos inherentes están siendo vulnerados. Los siguientes son ejemplos de actuaciones que violentan el derecho a estar libre de arrestos arbitrarios: a) Arrestar a un inmigrante sin una orden de arresto válida; b) Arrestar a un inmigrante que esta de tránsito, incluso cuando no ha cometido ningún delito; c) Arrestar a un inmigrante en el trabajo e incursiones en el hogar cuando no ha cometido ningún delito; e) Detener a un inmigrante que no ha cometido un crimen; f) Detener a un inmigrante sin acusarlo de un delito o una violación de la ley de inmigración; g) Detener a un inmigrante sin permitirle impugnar su detención.

El artículo 9 de la DUDH reconoce el derecho a la libertad personal como un derecho que admite sus excepciones siempre que estas no sean arbitrarias. Ello se desprende de su redacción, en la que se estipula que nadie podrá ser *arbitrariamente* detenido, preso ni desterrado. Por su parte, el PIDCP contempla este derecho en sus artículos 9 al 13. En este orden de ideas, el artículo 9 del PIDCP consagra el derecho a la libertad personal como la regla y la detención como la excepción, siempre que esta última no sea arbitraria. En este precepto se menciona la necesidad de resguardar el principio de legalidad, al señalar que solo se justifica la detención en base a las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en dicha ley. En este sentido, el relator de Naciones Unidas para los derechos de los migrantes ha sostenido que la privación de libertad por motivos relacionados con la migración nunca debe ser obligatoria ni automática, sino que –de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos– esta debe imponerse como medida de último recurso, únicamente durante el período más breve posible y cuando no exista una medida menos restrictiva<sup>164</sup>.

El artículo 13 del PIDCP señala que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Según este precepto, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas. El CCPR ha señalado que el artículo 13 del PIDCP es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la

<sup>164</sup> CRÉPEAU (2012) párr. 68.

salida obligatoria de un extranjero –se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma– y si estos procedimientos entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del pacto relativas a la privación de la libertad contenidas en los artículos 9 y 10 del PIDCP. En todo caso, los derechos establecidos en el artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado parte<sup>165</sup>.

En la CTMF también se observan disposiciones relativas al resguardo del debido proceso. En los párrafos 1 y 4 del artículo 16 de la CTMF se reconocen los derechos a la libertad personal y a la protección contra la detención ilegal y arbitraria de todos los trabajadores migratorios, indistintamente de que su situación migratoria sea regular o irregular. Para que no sea considerada como arbitraria, según la CTMF, la detención de aquellos que estén en situación irregular deberá estar prescrita por ley. Además, la detención debe perseguir un fin legítimo en virtud de lo consagrado en la referida convención, debiendo ser necesaria –en esas circunstancias concretas– y proporcional al fin legítimo que se persiga<sup>166</sup>. El artículo 16, párrafo 4, de la CTMF complementa al artículo 9, párrafo 1 del PIDCP, añadiendo que los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual o colectivamente, a detención o prisión arbitraria<sup>167</sup>.

La detención será arbitraria cuando –entre otras razones– no está prevista por vía legal. En cuanto a esta previsión legal, el CMW ha precisado que no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado, por lo que la penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados parte de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias<sup>168</sup>. La detención administrativa de los migrantes –que inicialmente es lícita– puede tornarse arbitraria si no se ha establecido por ley un plazo máximo de detención administrativa. Este plazo debe establecerse solo tras la evaluación individual de cada caso y por el menor tiempo posible, respetando todas las garantías procedimentales previstas en el artículo 16 de la CTMF<sup>169</sup>. Ello constituye un parámetro a seguir en relación con el resguardo del derecho a un debido proceso en materia de detención de inmigrantes.

Aunado a lo anterior, según el artículo 16, párrafo 5 de la CTMF, los Estados parte tienen la obligación de informar a los trabajadores migratorios y a sus familiares que sean detenidos –en el momento de su detención– de las razones de esta. En la medida de lo posible, ello debe hacerse en un idioma que entiendan, lo cual puede lograrse a través de la preparación de modelos de formularios de notificación que contengan –entre otros aspectos– información sobre los recursos disponibles. Estos formularios deberían hacerse acompañar de una orden de detención que contenga información concreta sobre los hechos y los fundamentos jurídicos de la detención<sup>170</sup>. El artículo 16.7 de la CTMF prevé el derecho de los trabajadores migratorios privados de libertad a comunicarse con las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o las de otro Estado que represente sus intereses.

---

<sup>165</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986, párr. 9.

<sup>166</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 23.

<sup>167</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 23.

<sup>168</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 24.

<sup>169</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 27.

<sup>170</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 28.

Por su parte, el artículo 16, párrafo 8, de la CTMF prevé el derecho de todos los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de libertad mediante detención o prisión a recurrir a un tribunal, a fin de que este pueda pronunciarse sin demora sobre la legalidad de su detención. Si bien el derecho a recurrir de una decisión se encuentra ampliamente reconocido por las normas internacionales respecto de aquellos que se encuentran en situación regular, no ocurre lo mismo respecto de los que se encuentren en el territorio de un Estado de forma irregular. Para ello se fundamentan en lo contemplado por el artículo 13 del PIDCP, que reconoce este derecho al extranjero *que se encuentra legalmente* en el Estado, entendiendo a *sensu contrario* que quienes no se encuentran regularmente en él no disfrutarían de ese derecho.

Además, el CMW ha señalado que toda persona detenida y privada de libertad –por motivos exclusivamente relacionados con cuestiones de inmigración– debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Ello a fin de examinar la legalidad de la detención y la necesidad de mantener dicha medida, pudiendo ordenar la puesta en libertad sin condiciones del detenido y/o la aplicación de medidas menos coercitivas, según corresponda. Esta revisión debe ser periódica, con asesoramiento jurídico gratuito al detenido y posibilidad de recurrir la legalidad de la detención<sup>171</sup>. El artículo 16, párrafo 8, de la CTMF contempla el derecho de los inmigrantes que incoan tales procedimientos a recibir la asistencia gratuita –si así lo requieren– de un intérprete cuando no puedan entender o hablar el idioma utilizado. En opinión del CMW los Estados parte deben adoptar medidas eficaces para velar por que todos los inmigrantes detenidos sean debidamente informados de sus derechos en un idioma que entiendan, en particular en lo que respecta a su derecho a la asistencia consular<sup>172</sup>.

Al revisar el conjunto de comunicaciones y declaraciones emitidas por la ONU respecto de este derecho, no podemos dejar de referir dentro del *soft law*, al *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*<sup>173</sup> que, en su mayoría, contiene disposiciones en *pro* del debido proceso y sus garantías. Este documento –en sus principios 2, 4 10 y 14– parte enunciando el principio de legalidad de la detención, agregando que la detención solo puede ser ordenada por un juez o autoridad. También contempla el deber de informar a la persona respecto de la razón de su detención al momento de que esta sea practicada y si es extranjero tal información debe entregársele en un idioma que comprenda<sup>174</sup>. Asimismo, recoge el derecho del detenido a ser oído sin demora por la autoridad correspondiente, así como el derecho de conocer sus derechos. Según los principios 10 al 13, 17, 18 y 32 al 33 el inmigrante podrá ser asistido por un abogado y ejercer su defensa interponiendo las acciones correspondientes para impugnar la medida o recurrir de esta.

La Tabla N° 3 permite al lector una revisión resumida de las disposiciones más relevantes del SUDH en lo tocante al resguardo del derecho al debido proceso:

<sup>171</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 33.

<sup>172</sup> Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura, de 2008, párr. 34.

<sup>173</sup> Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1988.

<sup>174</sup> El Principio 12 relata de forma más precisa los elementos formales y de fondo que debe cumplir esa notificación.

**TABLA N° 3**  
**Del resguardo del derecho al debido proceso en los instrumentos del SUDH.**

Objeto de protección	Disposiciones
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal	Artículo 9 DUDH; artículos 9 y 13 PIDCP.
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y el derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículos 10 al 13 PIDCP; artículo 16, párrafos: 1, 4, 5, 7, 8 CTMF.

## **2.2. En los sistemas regionales de protección de derechos humanos.**

Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se han dedicado a desarrollar –mediante instrumentos jurídicos propios– una extensa gama de tratados y convenios universales. De todos ellos, merecen especial atención aquellos instrumentos que permiten la protección de la migración internacional y que sirven como marco de referencia en lo que atañe a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en los procedimientos de detención y expulsión. A continuación, se procede a la revisión de tales instrumentos, atendiendo para ello al sistema regional en el que han sido adoptados.

### **2.2.1. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos.**

En el continente europeo, en el marco del Consejo de Europa (en lo sucesivo, CdE), se instaura el Sistema Europeo de Derechos Humanos<sup>175</sup> (en lo sucesivo, SEDH). El contexto histórico en que se conforma este sistema regional fue el de una Europa que aún sufría las consecuencias de una guerra mundial iniciada por la agresión de regímenes totalitarios. En este periodo de la historia era palpable la amenaza en cuanto a la extensión de nuevos conflictos. Ante este panorama se instauró un sistema internacional con base en el mantenimiento de la paz, cuyo fundamento descansaría en la existencia de regímenes democráticos y de un respeto común de los derechos humanos.

En este contexto, el CdE –compuesto por 47 Estados miembros– se configura como una organización intergubernamental constituida tras la segunda guerra mundial para promover, entre otras cosas, el estado de derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Con este fin se adoptó el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en 1950 (en lo sucesivo, CEDH), primero de los modernos tratados de derechos humanos derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Adicionalmente y como se verá más adelante, dentro del SEDH se observa un órgano que juega un rol fundamental: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH). Se trata de un órgano creado mediante el artículo 19 del CEDH, a fin de asegurar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que les impone el referido convenio. Para ello, el TEDH examina quejas presentadas por personas físicas, grupos de particulares, organizaciones no gubernamentales y personas jurídicas que aleguen vulneraciones del CEDH. El SEDH ha sido conformado mediante una serie de tratados y demás instrumentos internacionales que reflejan los acuerdos de

<sup>175</sup> Una exposición del desarrollo del sistema creado por el Convenio, en BATES (2010).

voluntades de los Estados. Por ello, el consentimiento de los Estados ha de condicionar el alcance de este conjunto de obligaciones. No obstante, aunque todos los Estados están vinculados por el CEDH, no todos están obligados. Ello obedece a la adopción de distintos protocolos adicionales y normativos que han ampliado la lista de derechos reconocidos; o, porque al momento de hacerse parte del CEDH o de sus protocolos, los Estados pueden formular reservas a esas obligaciones<sup>176</sup>.

En el SEDH se pueden revisar varios convenios internacionales para la protección de los derechos humanos, de aplicación atingente al fenómeno de la migración. A saber: a) de carácter general: el CEDH; La Carta Social Europea de 1961; y, b) de carácter específico: la Convención Europea contra la Tortura de 1987; Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996; la Convención de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011. A continuación, se hará referencia a estos, ordenados en atención a criterios de especialidad y cronológicos.

#### **a) Instrumentos generales.**

##### **a.1) El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950.**

En este sistema regional, el CEDH –también conocido como el Convenio de Roma–, contiene una serie de derechos y libertades que deben ser respetados por los Estados miembros. Estos últimos se comprometieron a observarlos respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción<sup>177</sup>. Este instrumento cuenta con un Preámbulo y 59 artículos, redactado bajo la siguiente estructura: su parte dogmática conformada por el título I –donde se hace referencia a los derechos y libertades– desde los artículos 2 a 18, mientras que en el Título II relativo al TEDH, desde sus artículos 19 al 51 se configura la parte orgánica. Adicionalmente, cuenta con una cláusula introductoria típica en su artículo 1 de *pacta sunt servanda* y su Título III contentivo de disposiciones varias en sus artículos 52 a 59.

A través del CEDH se conforma el TEDH, órgano de carácter jurisdiccional, cuyas sentencias definitivas deben acatar los Estados firmantes en los litigios en que sean partes a tenor de su artículo 46.2. Su sede se ubica en Estrasburgo y a esta se puede acudir por iniciativa de particulares en caso de que alguno de los Estados parte incurran en infracción de alguno de los preceptos del CEDH<sup>178</sup>. Los jueces de este tribunal son elegidos a partir de una terna presentada por el respectivo gobierno. Su mandato se ejerce durante nueve años, sin posibilidad de reelección y con una relación de servicio de carácter permanente, incompatible con toda otra ocupación que pueda afectar a su independencia e imparcialidad.

<sup>176</sup> CARRILLO (2004) p. 404.

<sup>177</sup> Respecto de contenido y alcance del concepto de jurisdicción, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo mediante las sentencias de los casos: TEDH, *Caso Al Skeini vs. Reino Unido* (2011, no. 55721/07); TEDH, *Caso Al Jedda vs. Reino Unido* (2011, no. 27021/08). Para un análisis más detallado, véase, NUSSBERGER (2012).

<sup>178</sup> Al entrar en vigor el CEDH, tal posibilidad se veía disminuida por la ausencia de legitimación individual para acudir al Tribunal ya que la iniciativa individual debía pasar por el filtro de la CE, que (junto a los Estados firmantes) estaba legitimada para llevar los asuntos al Tribunal. Sin embargo, aún con esta limitación, el reconocimiento de la iniciativa individual quedó firmemente establecido y a partir de las reformas introducidas en 1998 por el Protocolo 11 se tradujo en el reconocimiento de la legitimación activa directa de quienes se consideran víctimas de una violación de sus derechos, esta legitimación se refiere únicamente a quienes se consideren víctimas de una violación de sus derechos, excluyéndose la posibilidad de una *actio popularis* ante el Tribunal.



Es oportuno mencionar que el TEDH no es un tribunal de casación o de revisión, sino que sus las sentencias tienen un efecto declarativo<sup>179</sup>. Así, cuando el TEDH declara que ha habido una violación del CEDH, corresponde a los Estados trasladar a su ordenamiento jurídico esa decisión. Para ello, deberá adoptar las necesarias medidas para reparar la lesión producida en el caso en concreto y mediante la adopción de medidas de carácter general, para evitar a futuro esas violaciones.

El CEDH hace referencia en su preámbulo<sup>180</sup> a la DUDH respecto de la garantía de algunos derechos enunciados en este último documento. Ello resulta de vital relevancia, pues la puesta en marcha de un mecanismo institucionalizado de garantía con el fin de asegurar el respeto de las obligaciones asumidas por los Estados parte es sin duda el aspecto más característico del CEDH. Otro aspecto relevante es la idea de que este convenio no fue concebido como algo definitivo, sino como el punto de partida en el desarrollo y reconocimiento progresivo de los derechos humanos<sup>181</sup>. Sin embargo, teniendo como fuente principal la DUDH, el CEDH se configura como un catálogo mucho más restringido. Así, este catálogo de derechos comprendidos, –incluyendo su ampliación de acuerdo con sus protocolos adicionales–, comprende los siguientes derechos: el derecho a la vida<sup>182</sup>, la prohibición de torturas y tratos inhumanos<sup>183</sup>, prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados y obligatorios<sup>184</sup>, libertad de residencia y de movimiento<sup>185</sup>, prohibición del exilio forzoso<sup>186</sup>, prohibiciones de expulsiones colectivas de extranjeros<sup>187</sup>, entre otros.

El artículo 1 de la CEDH indica que los Estados deben reconocer a toda persona, – con independencia de su jurisdicción– los derechos y libertades consagrados en el aludido convenio. Para ello deben considerar que la noción *toda persona* implica la protección no solo de los ciudadanos de los Estados contratantes, sino de los de cualquier Estado. Esto se ajusta al artículo 17 de la CEDH según el cual los Estados contratantes no pueden interpretar la convención de manera que los derechos no sean respetados o imponiendo limitaciones excesivas a ellos<sup>188</sup>. Es interesante que el CEDH –a diferencia de la DUDH– no solo se limita a enunciar un catálogo de derechos, sino que ordena la creación del TEDH, conformando así un sistema de control que vela por la protección de los derechos humanos en Europa y con un papel preponderante en la tutela de estos<sup>189</sup>. Este tribunal ejerce funciones permanentes con jurisdicción obligatoria en cuanto a la interpretación y aplicación del CEDH tras el XI Protocolo de 1994. En este sentido, el desarrollo del CEDH se asienta en buena medida en

---

<sup>179</sup> El carácter declarativo de las sentencias del TEDH presenta algunas excepciones. Este tribunal puede, en el supuesto de que no sea posible una reparación completa de la violación por el ordenamiento interno del país responsable, acordar una satisfacción equitativa que usualmente consiste en una compensación económica. Se establece así, eventualmente, una satisfacción equitativa por daños materiales, por daños morales y en su caso por el coste de la asistencia jurídica. Para una exposición más amplia, QUERALT (2009), especialmente el Capítulo 1, relativo a la *Obligatoriedad y efectividad de las sentencias del TEDH*.

<sup>180</sup> Véase los párrafos 1º, 2º y 5º del Preámbulo del CEDH.

<sup>181</sup> CARRILLO (2004) p. 396.

<sup>182</sup> CEDH, 1950, artículo 2.

<sup>183</sup> CEDH, 1950, artículo 3.

<sup>184</sup> CEDH, 1950, artículo 3.

<sup>185</sup> Véase artículo 2, IV Protocolo del CEDH, de 1963.

<sup>186</sup> Véase artículo 3, IV Protocolo del CEDH, de 1963.

<sup>187</sup> Véase artículo 4, IV Protocolo del CEDH, de 1963.

<sup>188</sup> BARBOSA (2011) p. 113.

<sup>189</sup> HERNÁNDEZ (2015) p. 89.

el dinamismo interpretativo del TEDH, el cual ha propiciado una evolución de las normas con extracción de ellas de nuevas implicaciones o de nuevas exigencias, transformando el CEDH en un instrumento *vivo*<sup>190</sup>.

Un ejemplo de lo anterior lo observamos respecto de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad según lo contenido en el artículo 14 del CEDH. Aquí el TEDH ha señalado que toda distinción basada en la nacionalidad o la situación migratoria deberá estar prescrita por la ley, perseguir un fin legítimo en virtud de la convención y ser necesaria en las circunstancias específicas de cada caso y proporcional al fin legítimo que se persiga<sup>191</sup>. Por ello, se debe justificar la forma en que dicho trato diferente, basado exclusivamente en la nacionalidad o en la situación migratoria, es compatible con los convenios internacionales sobre el derecho a la no discriminación en base a la nacionalidad<sup>192</sup>.

Aunque el CEDH contemplaba en su artículo 2 el derecho de todas las personas a la vida del mismo modo que el PIDCP, también contemplaba este derecho, pero sujeto a restricciones cuando se tratase de la ejecución de una pena emitida por un tribunal en base al principio de legalidad. Sin embargo, el VI Protocolo adoptado en 1983 prohibió la pena capital en tiempos de paz y posteriormente en el XIII Protocolo de 2002 al convenio la prohibió ante cualquier circunstancia. Esto resulta de interés tomando en cuenta que este derecho está íntimamente vinculado al derecho a la integridad personal y al resguardo de la salud humana, lo que puede ser objeto de vulneraciones durante la detención y expulsión de inmigrantes.

Así, en cuanto a las generalidades vinculadas a este derecho, destaca la interpretación que ha efectuado el TEDH mediante su jurisprudencia. Así ha precisados que el artículo 2 del CEDH contempla uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el CdE<sup>193</sup>. En este sentido, este tribunal ha señalado la obligación que tienen los poderes públicos de no lesionar por sí mismos la vida humana, deber que se extiende a la protección efectiva frente a agresiones de los particulares<sup>194</sup>. Dicho deber se traduce en el establecimiento de una legislación penal concreta, que disuada de cometer ataques contra la persona y que esté basada en la aplicación de mecanismos concebidos para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones al derecho a la vida. También implica una obligación positiva para las autoridades de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales ajenas de forma proporcionada<sup>195</sup>. El TEDH también se ha pronunciado en relación con la protección del derecho a la vida en asuntos de detención. Así, por ejemplo, respecto de la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida<sup>196</sup>, este tribunal concluyó que hubo violación del artículo 2 del CEDH. Ello

---

<sup>190</sup> AKANDJI-KOMBÉ (2006) p. 391.

<sup>191</sup> TEDH, *Caso Koua Poirrez contra Francia* (2002, no. 40892/98) párr. 39.

<sup>192</sup> TEDH, *Caso Gaygusuz contra Austria* (1996, n° 17371/90) párr. 42.

<sup>193</sup> TEDH, *Caso Mccann contra Reino Unido* (1995, n° 18984/91).

<sup>194</sup> TEDH, *Caso Osman contra Reino Unido* (1998, n° 23452/94); TEDH, *Caso Mastromatteo contra República Italiana* (2002, n° 37703/97).

<sup>195</sup> TEDH, *Caso Osman contra Reino Unido* (1998, n° 23452/94); TEDH, *Caso Mastromatteo contra República Italiana* (2002, n° 37703/97).

<sup>196</sup> TEDH, *Caso Keenan contra Reino Unido* (2001, n° 27229/95).

con motivo de la ausencia de explicación razonable por parte de las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención<sup>197</sup>.

### a.2) La Carta Social Europea de 1961.

Junto al Convenio anterior, dentro del SEDH también se hace notoria la Carta Social Europea de 1961 (en lo sucesivo, CSE), que en muchos casos le complementa<sup>198</sup>. Conocida como la Carta de Turín, junto al CEDH conforman dos de los instrumentos más importantes en materia de protección de los derechos humanos dentro del SEDH. Y, debido a la influencia ejercida por la revolución industrial, su contenido está referido al ámbito de los derechos económicos y sociales<sup>199</sup>. Sus orígenes se remontan a la DUDH, por ser el primer instrumento internacional que hizo referencia a ciertos derechos sociales. Este instrumento constituye un estándar o nivel mínimo para la protección de los derechos sociales, según lo preceptuado en su artículo 32. Sus disposiciones no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni de otros tratados vigentes y serán aplicables si estas últimas conceden un trato más favorable a las personas protegidas; o, por el contrario, si el nivel de protección más alto es el de la CSE, deberá aplicarse el estándar de ésta<sup>200</sup>.

Estructurada en un Preámbulo, 5 partes y un anexo, la CSE reconoce derechos y principios<sup>201</sup>. Este documento internacional contempla una serie de derechos sociales<sup>202</sup> enumerados en su primera sección, que deben estar garantizados sin ningún tipo de discriminación, aunque solo sea aplicable a los nacionales de los Estados que son parte del tratado más no para los extranjeros<sup>203</sup>. La segunda sección del documento procede a describir el contenido de estos derechos, seguido de las secciones tercera, cuarta y quinta contentivas de los aspectos relativos a la aceptación parcial, cláusulas de derogación y supervisión de la CSE. En virtud del contenido de la CSE, se observan conexiones con otros instrumentos internacionales. Entre ellos, el PIDESC, así como a otros tratados de Naciones Unidas y convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que le han servido de inspiración en la incorporación de nuevos derechos sociales.

Los derechos protegidos en la CSE son aplicables a los extranjeros, únicamente en la medida en que sean nacionales de otras partes contratantes y residan o trabajen legalmente de manera regular en el territorio de la parte contratante en cuestión; o, a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren *legalmente dentro de su territorio*. Sin embargo, el Comité Europeo de Derechos Sociales (en lo sucesivo, CEDS) – órgano cuasijudicial constituido conforme al artículo 25 de la CSE para monitorear el cumplimiento de los derechos enunciados en este instrumento por los Estados parte<sup>204</sup>– ha sostenido en sus

<sup>197</sup> TEDH, *Caso Güneç contra Turquía* (2003, nº 27396/06).

<sup>198</sup> El CEDS ha invocado, como fundamento de su proceder interpretativo, el hecho de que la Carta es el complemento del CEDH, véase Comité Europeo de Derechos Humanos, *Caso International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (2004, Complaint No. 14/2003).

<sup>199</sup> HERNÁNDEZ (2015) p. 64.

<sup>200</sup> PRIETO (2008) p. 356.

<sup>201</sup> BONET y BONDIA (2004) p. 454.

<sup>202</sup> Puede leerse, BRILLAT (2005).

<sup>203</sup> Tal como se refleja en los artículos 18 y 19.4, 19.9 y apéndice de la CSE, al contemplar protección solo para los nacionales de los Estados parte.

<sup>204</sup> La Carta cuenta con unos sistemas de control bastante originales y elaborados. Hay dos procedimientos para supervisar la aplicación por parte de los Estados: uno sobre la base de informes y otro procedimiento sobre la

opiniones ciertas excepciones a esta exclusión de protección para los inmigrantes irregulares. Así, este órgano ha señalado que las previsiones de este instrumento también se aplican a los niños migrantes indocumentados, por constituir una categoría vulnerable<sup>205</sup>. La CSE no prevé ningún órgano jurisdiccional. Pero dispone que el CEDS estará integrado por expertos independientes que deciden sobre la conformidad de la normativa y las prácticas nacionales con la CSE, bien por la vía de procedimientos de reclamación colectiva o mediante procedimientos de información, en virtud del cual los Estados presentan informes nacionales a intervalos regulares. Este órgano estará integrado por 12 miembros elegidos por la Asamblea parlamentaria del CdE para un mandato renovable de 6 años.

**b) Instrumentos específicos.**

A nivel regional también se han pactado otros convenios específicos para la protección de los derechos humanos. Sobre ellos nos referiremos a continuación.

**b.1) La Convención Europea Contra la Tortura de 1987.**

La protección internacional de los derechos humanos se ha caracterizado por la progresiva adopción de tratados junto a la incorporación de nuevas luchas contra las prácticas violatorias de derechos humanos al sector ámbito del derecho internacional público. El Convenio Europeo para la prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (en lo sucesivo, ETS No. 126) –también conocido como *Convenio Europeo para la prevención de la Tortura*– persigue un mayor alcance para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos. Este convenio fue preparado en el marco del CdE el 26 de junio de 1987 y entró en vigor el 1 de febrero de 1989. Surge ante la necesidad de adoptar medidas internacionales más amplias y eficaces, en particular para reforzar la seguridad de las personas privadas de libertad en contra de los actos que constituyen tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ello, entendiendo que la afirmación de los derechos humanos es un asunto muy diferente de la garantía efectiva de esos derechos, por lo que no puede existir verdadera protección de los derechos humanos en el ámbito universal si no se cuenta con los mecanismos de control adecuados y eficaces<sup>206</sup>.

Mediante el ETS No. 126 se conformó un mecanismo no judicial de carácter preventivo cuya misión fuera examinar –a través de un sistema de visitas– el trato dado a las personas privadas de libertad. Ello a fin de complementar el sistema de vigilancia establecido por el CEDH. Recordemos que este sistema de vigilancia estaba basado en quejas presentadas por las personas o los Estados alegando vulneraciones de los derechos humanos. Además, el ETS No. 126 surge con miras a reforzar –si procede– su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Por ello, mediante este instrumento se acuerda la

---

base de reclamaciones colectivas. Este Comité está compuesto por 15 expertos independientes elegidos por el Comité de Ministros.

<sup>205</sup> Así, por ejemplo, el derecho a la educación se garantiza a todos los niños migrantes, sea cual sea su situación migratoria, en todos los sistemas regionales de derechos humanos, *Cfr.* artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950 y con el artículo 2 del I Protocolo del CEDH de 1952. El comité también ha proporcionado una interpretación amplia de la CSE respecto de los inmigrantes indocumentados, ya que no condicionó el derecho de los niños a recibir atención médica a la residencia legal dentro del territorio de un estado parte de la Carta, véase Comité Europeo de Derechos Humanos, *Caso International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (2004, Complaint No. 14/2003).

<sup>206</sup> RUILOA (2005) p. 24.

creación del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en lo sucesivo, CPT), órgano que está facultado para desplazarse a cualquier lugar que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados parte en que se encuentren personas privadas de su libertad por una autoridad.

Como suele ocurrir con los demás convenios celebrados en materia de derechos humanos, el CPT interpreta, precisa y desarrolla las obligaciones contenidas en el ETS No. 126 abordando así cuestiones sobre: las condiciones de la detención, los servicios sanitarios, la situación de los extranjeros detenidos y las condiciones de su detención, las situaciones de los menores y mujeres privados de libertad, entre otros. Si bien la interpretación del concepto de tortura ha sido liderada por el TEDH, el CPT ha efectuado una interpretación más amplia y a la vez más sencilla de esta prohibición, sin tomar en consideración el umbral mínimo de gravedad y sufrimiento que caracteriza a la jurisprudencia del TEDH. Por el contrario, el CPT dirige sus pronunciamientos contra todo tipo de abuso, ataque o situación por muy moderadas que parezcan, creando con ello un conjunto de normas propias en relación con la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes<sup>207</sup>. Respecto de estas visitas, el propio CPT ha señalado que el monitoreo independiente de los centros de detención para migrantes irregulares es un elemento importante para la prevención de malos tratos y, en general, para garantizar unas condiciones satisfactorias de detención. Por ello, a fin de que este sea completamente efectivo, las visitas de monitoreo deben ser frecuentes y no anunciadas, estando facultados los organismos de supervisión para entrevistar a migrantes irregulares y examinar todas las cuestiones relacionadas con su tratamiento, tales como: las condiciones materiales de detención, custodia registros y otra documentación, el ejercicio de los derechos de las personas detenidas y la asistencia médica<sup>208</sup>.

Los miembros del referido CPT, después de efectuar cada visita, deberán redactar un informe de tipo confidencial en el que se han de indicar –mediante recomendaciones dirigidas a los Estados visitados– las medidas que crean oportunas para mejorar la situación de los detenidos. Los informes, en principio y en base al principio de confidencialidad, serán secretos, a menos que los Estados visitados presten su consentimiento o se nieguen a colaborar con el CPT. Ante una situación de falta de colaboración, los miembros del organismo podrán decidir si hacen público el informe<sup>209</sup>. En caso afirmativo, se hace pública la negativa del Estado parte de cumplir con sus obligaciones adquiridas con la ratificación de este convenio. Pero generalmente los Estados acceden a la publicación de los informes. Así, el CPT no está llamado a resolver conflictos jurídicos ni a establecer fórmulas de reparación, sino a complementar el sistema de control consagrado por el CEDH. Esto le constituye como un sistema de intervención en frío a través de visitas agendadas y periódicas o visitas *ad hoc* de urgencia<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> ROMÁN (2004) p. 505.

<sup>208</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009) par. 89.

<sup>209</sup> En estos casos el CPT por la mayoría de las dos terceras partes de sus miembros puede hacer uso de la sanción pública contenida en el artículo 10.2 del ETS N° 126, sanción que ha sido empleada en dos ocasiones (1992 y 1996) contra Turquía, véase COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (1991).

<sup>210</sup> RUILOA (2005) p. 24.

Finalmente, hemos de acotar que el ETS No. 126 presenta cierta complejidad que reside en que, siendo un texto jurídico de derecho internacional que impone obligaciones jurídicas a sus Estados signatarios, su realización en la práctica a través de CPT se traduce en un sutil ejercicio de carácter diplomático determinado por los principios de cooperación y confidencialidad<sup>211</sup>.

### **b.2) El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996.**

El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (en lo sucesivo, CETS N° 160) fue firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 y entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2000. La CDN se ha convertido en el fundamento de la evolución del derecho europeo sobre los derechos del niño y ejerce una influencia cada vez mayor respecto de la integración de sus principios y disposiciones en instrumentos vinculantes. Con solo 5 capítulos y 36 artículos, este convenio se adoptó en el seno del CdE para dar cumplimiento a parte de las obligaciones contraídas por los Estados signatarios de la CDN. Ello se desprende de lo señalado en su preámbulo y de su artículo 4 en el que se exige a los Estados parte que adopten todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para la aplicación de los derechos reconocidos en la CDN. Su objeto entonces es el de promover los derechos de los niños, así como el reconocimiento de sus derechos procesales y su ejercicio, velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial. Este objetivo se encuentra incardinado en la protección del interés superior de los niños.

Mediante el artículo 16 del CETS N° 160 se crea el Comité Permanente del Convenio, el cual, entre otras funciones, deberá examinar cualquier cuestión pertinente relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio y cuyas conclusiones podrán tomar la forma de una recomendación. Adicionalmente, según lo señala el referido artículo, este Comité deberá proponer enmiendas al CETS N° 160 y examinar las formuladas de conformidad con el artículo 20 relativo a estas enmiendas. Por último, es deber de este comité el proporcionar asesoramiento y asistencia a los organismos nacionales que desempeñen las funciones de promoción y ejercicio de los derechos de los niños, así como promover la cooperación internacional entre tales organismos.

### **b.3) La Convención de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011.**

Bajo el lema de *tolerancia cero* respecto de este modo de violencia, el Convenio N° 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica<sup>212</sup> (en lo sucesivo, CETS N° 210) representa un avance importante. Luego de dos años de intenso trabajo, fue firmado el 11 de mayo de 2011 en Estambul. De ahí que se suela denominar *Convenio de Estambul*. De su contenido se desprende que la violencia contra la mujer se reconoce como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación.

Este instrumento constituye una herramienta clave respecto del avance estratégico europeo en su lucha contra la violencia de género y se espera que a su vez se comporte como

---

<sup>211</sup> ROMÁN (2004) p. 484.

<sup>212</sup> Sobre su génesis, vease THILL (2014).

una herramienta de armonización<sup>213</sup>. En este orden de ideas, el CETS N° 210 es el primer tratado internacional que contiene una definición del concepto de género. Este convenio específico precisa que por *género* se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres<sup>214</sup>. Según lo anterior, se reconoce que las mujeres y los hombres no sólo se diferencian por su sexo biológico, sino que también existe una categoría de género establecida socialmente que asigna a las mujeres y los hombres funciones y comportamientos particulares. Los estudios realizados han demostrado que determinadas funciones y comportamientos pueden contribuir a que la violencia contra la mujer se considere aceptable<sup>215</sup>. Por ello, este convenio criminaliza delitos tales como la práctica de la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto y la esterilización forzados. Así, los Estados están obligados a introducir en sus sistemas jurídicos estos delitos graves que anteriormente no estaban tipificados.

Adicionalmente, el CETS N° 210 precisa lo que debe entenderse por *violencia contra las mujeres*. Este tipo de violencia comprende la violación de los derechos humanos y una forma de discriminación. En este contexto, en su contenido se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica. Esta definición incluye las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad en la vida pública o privada. También define la *violencia contra las mujeres por razones de género*, entendida como toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. En relación con los asuntos migratorios, el CETS N° 210 dedica el Capítulo VII a la regulación de los aspectos vinculados a la migración y asilo. Así, este convenio regula tres cuestiones relevantes para la situación de las mujeres en calidad de extranjeras en los Estados parte: el estatuto de residente, el asilo de género y la no devolución.

Además, el CETS N° 210 propugna entre sus objetivos el proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres; concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones, el CETS N° 210 crea un mecanismo de seguimiento específico: el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (en lo sucesivo, GREVIO). Este grupo está compuesto por 10 miembros como mínimo y un máximo de 15 miembros, debiendo tomarse en consideración una participación equilibrada entre mujeres y hombres y una distribución geográficamente equilibrada, así como la participación multidisciplinaria de expertos. El

---

<sup>213</sup> THILL (2014) p. 57.

<sup>214</sup> OEA y CE (2014) p. 93.

<sup>215</sup> OEA y CE (2014) p. 96.

GREVIO se encarga de examinar, juntamente con los representantes de la parte de que se trate, los informes sobre las medidas de tipo legislativo y de otro tipo que hagan efectivas las disposiciones del CETS N° 210.

**c) La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.**

A continuación, siguiendo el esquema planteado para la revisión de los derechos que constituyen nuestro objeto de estudio, procederemos a revisar las modalidades bajo las cuales el SEDH brinda protección a los referidos derechos desde una perspectiva genérica. En esta sección se desarrollará la interpretación que de estos derechos ha desplegado el TEDH mediante su jurisprudencia<sup>216</sup> más emblemática, lo que servirá como marco de referencia al aproximarnos a la protección ofrecida a los inmigrantes detenidos con miras a la expulsión, desarrollado en la sección jurisprudencial correspondiente (específicamente en el apartado: *2.3.1. Criterios jurisprudenciales de la Corte Europea de Derechos Humanos*).

**c.1) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

El artículo 3 del CEDH también contempla el derecho a un trato humano y a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Este convenio expresamente establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes<sup>217</sup>, prohibición que se consagra de forma absoluta. Otros tratados dedicados específicamente a la proscripción de la tortura también lo hacen, entre ellos, en el ámbito regional, el ETS N° 126.

Más allá de la expresa redacción del artículo 3 del CEDH, es oportuno efectuar ciertas consideraciones. La prohibición compromete la responsabilidad de los Estados parte, pudiendo afirmarse que surgen para ellos dos obligaciones genéricas: no cometer ninguno de los actos prohibidos y a su vez, en no permitir la comisión de éstos<sup>218</sup>. Esta responsabilidad se agrava si se trata de niños y grupos vulnerables<sup>219</sup>. Esto resulta oportuno cuando se trata de velar por el trato que dan los funcionarios del Estado a los inmigrantes internados en los centros de detención. Este trato debiera ser digno y humano, no solo desde el ámbito de la abstención de conductas o tratos prohibidos sino también desde un aspecto positivo, brindando las condiciones mínimas dentro de dichos centros para cumplir con estas obligaciones genéricas.

Al precisar las implicaciones de la terminología empleada por el artículo 3 del CEDH, el TEDH ha señalado que estos no se refieren a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala, en la que se inflige sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). En esta graduación, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes<sup>220</sup>. Por su parte, el CPT ha establecido una

<sup>216</sup> Para un análisis más detallado de la jurisprudencia del TEDH, véase BOURGOGUE-LARSEN (2012); CASADEVALL (2011); SANTOLAYA I y GARCÍA (2010).

<sup>217</sup> CEDH de 1952, artículo 3: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>218</sup> TEDH, *Caso Caloc contra Francia* (2000, n° 33951/96) párr. 89.

<sup>219</sup> TEDH, *Caso Keenan contra Reino Unido* (2001, n° 27229/95) párr. 91.

<sup>220</sup> Véase TEDH, *Caso Irlanda contra Reino Unido* (1978, no. 5310/71).



distinción entre tortura y malos tratos, por una parte; y tratos humanos y degradantes por la otra. Y ha reservado a la primera categoría aquellas formas de violencia física o psicológica empleadas de forma deliberada y que pretenden la obtención de una confesión o carta de información o para humillar o castigar; en tanto que en la segunda categoría se incluyen ciertas condiciones materiales de detención consideradas en conjunto o de forma aislada<sup>221</sup>. También ha señalado que "...la tortura no puede ser más que un tratamiento inhumano y degradante, y todo tratamiento inhumano es, asimismo, degradante"<sup>222</sup>. Sin embargo, estas graduaciones pueden variar en el futuro<sup>223</sup>. En todo caso, respecto de la naturaleza de este derecho el TEDH ha señalado que la norma que prohíbe la comisión de actos de tortura es absoluta, independientemente de las actuaciones de la persona en cuestión, por muy indeseables y peligrosas que éstas sean<sup>224</sup>.

El artículo 3 del CEDH ha sido entendido como un parámetro de control de las condiciones de detención, especialmente precarias cuando nos referimos a los extranjeros que están pendientes de una expulsión<sup>225</sup>. En materia de detención el TEDH ha precisado que el artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales<sup>226</sup>.

El derecho contenido en el artículo 3 del CEDH también está en íntima relación con el artículo 2 del CEDH, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción<sup>227</sup>. Esto reviste de importancia cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. En estos casos se requiere que las autoridades ofrezcan explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos y la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta.

Asimismo, la evaluación del estado de salud de los migrantes irregulares durante su privación de libertad es una responsabilidad esencial en relación con cada persona detenida y en relación con un grupo de migrantes irregulares en su conjunto. Ello incluye la salud mental y física de los migrantes irregulares, pues durante la detención la salud puede ser alterada o incluso exacerbar síntomas preexistentes de depresión, ansiedad y trastorno postraumático. Estas situaciones exigen como mínimo, la presencia en los centros de inmigrantes irregulares detenidos de una persona con una cualificación de enfermería reconocida. Este personal debe realizar la detección médica inicial de recién llegados, recibir solicitudes para ver a un médico, garantizar la provisión y distribución de medicamentos, supervisar las condiciones generales de higiene y observar la confidencialidad médica según la cual, los archivos médicos de los migrantes irregulares no deben ser accesibles al público,

---

<sup>221</sup> ROMÁN (2004) p. 506.

<sup>222</sup> TEDH, *Caso Campbell y Cosans contra Reino Unido* (1982, nº 511/76 y 7743/76) párr. 26.

<sup>223</sup> TEDH, *Caso Herczegfalvy vs. Austria* (1992, nº 10533/83) párr. 83.

<sup>224</sup> TEDH, *Caso Daoudi contra Francia* (2009, nº 19576/08) párr. 64.

<sup>225</sup> BOZA (2015) pp. 1096 y ss.

<sup>226</sup> TEDH, *Caso Slimani contra Francia* (2004, nº 22070/93).

<sup>227</sup> TEDH, *Caso L.C.B. contra Reino Unido* (1998, nº 45305/99).

sino que deben mantenerlos bajo llave. Además, los inmigrantes irregulares detenidos deben ser plenamente informados sobre el tratamiento que se les ofrece<sup>228</sup>.

En relación con la expulsión, resulta necesario prestar especial atención a las medidas coercitivas empleadas. En este sentido, el CPT –en su labor interpretativa del ETS No.126– ha precisado que la fuerza empleada deberá ser exclusivamente la razonablemente necesaria. Por ello, la administración de medicamentos a personas pendiente de expulsión solo puede hacerse por decisión médica y el amordazamiento de una persona es una medida altamente peligrosa<sup>229</sup>.

El CPT también ha señalado que la prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes conllevan la obligación de no enviar a una persona a un país donde existan motivos fundados para creer que él o correría un riesgo real de ser sometida a torturas u otras formas de malos tratos. Ello se traduce en el deber de realizar una evaluación individual del riesgo de maltrato en caso de deportación al país de origen o a un tercer país. En este orden de ideas, se ha entendido que es necesario un sano equilibrio entre las exigencias de nivel general y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo<sup>230</sup>. Similar regulación del principio de no devolución está contenida en el artículo 61 del CETS N° 210. Ello a fin de asegurar que las víctimas de violencia contra las mujeres necesitadas de protección –con independencia de su condición o de su lugar de residencia– no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o de tratos o daños inhumanos o degradantes.

Por su parte, en la CSE se encuentra una regulación genérica del derecho a la salud, instrumento que vino a hacer realidad el principio de indivisibilidad –interdependencia e igual importancia– de todos los derechos humanos<sup>231</sup>. Este texto en su artículo 11 señala el deber de los Estados miembros de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, por lo que se comprometen a adoptar –directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas– medidas adecuadas para atender este derecho. El derecho a la asistencia social y médica está regulado en el artículo 13 de la CSE. Este precepto sigue la línea de la OMS, al adoptar una concepción amplia del derecho a la salud. Sin embargo, hemos de tener en cuenta el ámbito subjetivo de la CSE, en relación con los extranjeros, ya que sus artículos 1 al 17 solo se les aplica a estos en su condición de súbditos de otras partes contratantes, que residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada. Por lo tanto, la CSE –por ser una norma de mínimos– se aplicará al resto de extranjeros, si el Estado parte así lo decide. Ello deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros respecto de sus legislaciones en materia de atención médica y sanitaria, así como la atención a la salud.

A fin de permitir al lector un seguimiento más fluido, en la Tabla N° 4 se precisan las anteriores disposiciones internacionales:

---

<sup>228</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009) párr. 24-36.

<sup>229</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009) párr. 90-92.

<sup>230</sup> TEDH, *Caso Soering vs. Reino unido* (1989, n° 14038/88) párr. 89.

<sup>231</sup> JIMENA (2007) p. 24.

**TABLA N° 4.**  
**Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en los instrumentos del SEDH**

Objeto de protección	Disposiciones
Dignidad e integridad personal: Prohibición de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	Artículo 3 CEDH; artículo 61 CETS N° 210.
Protección del derecho a la salud: atención médica y sanitaria al detenido.	Artículos 11 y 13 de la CSE.
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículo 3 CEDH.

**c.2) Del derecho a la vida privada y familiar.**

La salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar, tratándose de un derecho fundamental de toda persona e internacionalmente reconocido, también se observa plasmado en los diversos instrumentos internacionales que conforman el SEDH. Aunque el derecho latino-continental ha desarrollado el contenido de estos derechos de forma conjunta –con profundas vinculaciones entre sí– en el ámbito europeo parece ocurrir todo lo contrario, observándose ciertas distinciones entre el respeto de la vida privada y el respeto de la vida familiar. Así, el artículo 8 del CEDH reconoce el derecho que tiene toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Se prohíben pues las injerencias de la autoridad en el ejercicio de este derecho, salvo que esté prevista por la ley y constituya una medida que –en una sociedad democrática– sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Por ende, no se trata de una protección absoluta, sino que admite sus excepciones bajo ciertas circunstancias particulares. Este derecho también se traduce en el deber de los Estados miembros de permitir en su ordenamiento interno el desarrollo de unos vínculos familiares normales, lo que puede concretarse específicamente respecto de los menores.

La protección de la vida familiar –garantizada en el artículo 8 del CEDH– no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla<sup>232</sup>. Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales<sup>233</sup>. Dentro de este derecho también se contempla la vida privada, por lo que, la interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige –además de que se realice con autorización judicial– que ésta tenga suficiente cobertura legal<sup>234</sup>. Además, esta interferencia debe efectuarse en aplicación de una norma legal<sup>235</sup>, incluso cuando las comunicaciones intervenidas se

<sup>232</sup> TEDH, *Caso Marchx contra Bélgica* (1979, n° 6833/74).

<sup>233</sup> TEDH, *Caso Sommerfeld contra Alemania* (2001, n° 31871/96).

<sup>234</sup> TEDH, *Caso Valenzuela Contreras contra España* (1998, n° 58/1997/842/1048).

<sup>235</sup> TEDH, *Caso Rinzivillo contra Italia* (2000, n° 31543/96).

produzcan en el interior de dependencias policiales<sup>236</sup>. Por su parte, en relación con la detención administrativa de inmigrantes y en interpretación del ETS No.126, el CPT, se ha entendido que es necesario hacer arreglos que permitan a los migrantes irregulares detenidos recibir visitas de familiares u otras personas de su elección y tener contacto telefónico con ellos. Además, en caso de que los miembros de la misma familia sean privados de su libertad bajo la legislación de extranjeros, se debe evitar su separación<sup>237</sup>.

En el ámbito migratorio y en relación con los procesos de expulsión, la Convención de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica también prevé, en su artículo 59, disposiciones respecto del estatuto de residente. Ello a fin de proporcionar a las víctimas de este tipo de violencia un permiso de residencia autónomo –en aquellos casos en los que su estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho– cuando estas se encuentren ante la disolución del matrimonio o de la relación en situaciones particularmente difíciles, con independencia de la duración del matrimonio o de la relación. Esta convención también contempla el deber del Estado de adoptar medidas legislativas necesarias para asegurar que las mujeres que son víctimas de violencia puedan obtener la suspensión de los procedimientos de expulsión –en aquellos casos en los que tal expulsión obedece a que la mujer goza de un estatuto de residente que depende del de su cónyuge o de su pareja de hecho– de conformidad con su derecho interno, con el fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónomo<sup>238</sup>.

Por su parte, la CSE también contiene disposiciones en el ámbito de salvaguardia de este derecho. En sus artículos 16 y 17 este instrumento reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y recoge el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia. Otras previsiones de este texto relacionadas con la protección de este derecho, puramente en el ámbito migratorio se desprenden de lo contemplado en su artículo 19. Esta previsión tiene como objetivo garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante.

La Tabla N° 5 permite al lector una rápida visualización de las disposiciones atinentes en torno a la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar según los instrumentos del SEDH:

**TABLA N° 5.**  
**Del derecho a la vida privada y familiar en los instrumentos del SEDH**

<b>Objeto de protección.</b>	<b>Disposiciones más importantes</b>
Derecho a la vida privada y familiar.	Artículo 8 CEDH; artículo 59 CETS N° 210; artículos 16, 17 y 19 CSE.
Derechos de los menores de edad y protección del interés superior del niño.	Artículo 8 CEDH; artículo 4 del CETS N° 160.

<sup>236</sup> TEDH, *Caso P.G. contra Reino Unido* (2001, n° 44787/98).

<sup>237</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009) par. 87.

<sup>238</sup> *Cfr.* Artículo 59 del Convenio de Estambul, de 2011.

### c.3) Del derecho al debido proceso.

Entendido también en el ámbito europeo como el derecho a un *proceso equitativo*, este derecho –fundamental y complejo, de carácter instrumental que contiene numerosas garantías de las personas– encuentra su reconocimiento en el diverso conjunto de instrumentos internacionales que forman parte del SEDH. Así, el CEDH en su artículo 5.1 también contempla –en líneas generales y de forma similar a los tratados regionales contemplados en las secciones anteriores– que, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad por lo que nadie puede ser privado de su libertad. Sin embargo, a diferencia de lo contemplado por en otros convenios regionales que regulan la materia –y que no contemplan causales expresas que justifican la restricción de este derecho– el CEDH si señala las excepciones a este derecho.

Según el artículo 5.1 del CEDH, los casos que constituyen excepciones al derecho de libertad personal –previa aclaratoria de que estas se admitirán siempre con arreglo al procedimiento establecido por la ley– son los siguientes: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. El objetivo principal del artículo 5.1 del CEDH es la protección frente a las privaciones arbitrarias de libertad en el sentido clásico de libertad física<sup>239</sup>. Contiene una lista exhaustiva de motivos por los que una persona puede ser privada de su libertad. Así, el legislador debe fijar con suficiente precisión y accesibilidad los supuestos y la duración de la privación de libertad. A su vez, su artículo 9 consagra el derecho a la libertad y a la seguridad en el marco del convenio regional, advirtiendo que una persona puede ser privada de libertad en casos permitidos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley según lo descrito en el párrafo anterior.

Aquí también resulta oportuno hacer énfasis a lo referido por el artículo 5 del CEDH, relativo a las causas bajo las que se admite tal privación de libertad. Entre las causales de este precepto se contempla la detención o la privación de libertad conforme a derecho de una persona, con el fin de impedir su entrada ilegal en el territorio, o *contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición*. Este artículo refiere –entre otras garantías– el derecho de toda persona detenida o en internamiento a ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella, teniendo el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad

<sup>239</sup> TEDH, *Caso Engel contra Países Bajos* (1976, nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72).

y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. En tal sentido, el artículo 6.1 del CEDH contiene las disposiciones para asegurar el derecho al debido proceso o proceso equitativo delimitado al ámbito civil y penal. Este engloba una serie de garantías procesales como: derecho de acceso a un tribunal, principio de igualdad de armas en el proceso, derecho a un tribunal independiente e imparcial, publicidad y celeridad del procedimiento<sup>240</sup>, ejecución de las decisiones judiciales<sup>241</sup>, y, asistencia jurídica gratuita<sup>242</sup>.

El artículo 1, del VII Protocolo al CEDH, reconoce el derecho de la persona contra la que se ha dictado una orden de expulsión a exponer las razones que se opongan a su expulsión. Pero este precepto –al igual que lo señalado en el PIDCP– tampoco especifica que dicha exposición deba ser necesariamente oral. Adicionalmente, el artículo 13 del CEDH señala que toda persona –cuyos derechos y libertades reconocidos en dicho convenio hayan sido violados– tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional. Esto procede incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. Evidentemente, no se requiere que este recurso sea ejercido ante una instancia judicial, pero entonces se entra en el terreno de dudas respecto de los poderes y las garantías que ofrezca la instancia ante la que se presenten estos recursos, al valorar la efectividad del recurso que se ejercita<sup>243</sup>. Cada caso de privación de libertad debe estar amparada por una orden de detención. Esto aplica igualmente a los migrantes irregulares que están privados de su libertad, para quienes se debe mantener un registro de custodia único e integral de cada persona con todas las medidas tomadas en relación con ella<sup>244</sup>. Asimismo, los migrantes irregulares detenidos deben beneficiarse de un recurso legal efectivo que les asegure la legalidad de su privación de libertad, a través de una audiencia oral –que además revise periódicamente la medida– con asistencia legal gratuita para las personas sin medios suficientes, e interpretación si se requiere<sup>245</sup>.

Por otra parte, el CETS N° 160 señala en su artículo 3 el derecho de los niños a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos en los que estén involucrados o que les afecten. Adicionalmente, cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento, este podrá exigir por sí mismo el recibir toda la información pertinente, ser consultado y expresar su opinión, ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución. Según el artículo del CETS N° 160, estos menores de edad también podrán solicitar la designación de un representante especial, cuando el derecho interno prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses con éste. También se contemplan en este convenio otros derechos procesales en el artículo 5, tales como: el derecho a solicitar la asistencia de

<sup>240</sup> TEDH, *Caso Erkner y Hofauer contra Austria* (1987, n° 9616/81) párr. 66; TEDH, *Caso Kemmache contra Francia* (1991, n° 12325/86 y n° 14992/89) párr. 60; TEDH, *Caso Phocas contra Francia* (1996, n° 17869/91) párr. 71; TEDH, *Caso Garyfallou A.E.B.E. contra Grecia* (1997, n° 18996/91) párr. 39.

<sup>241</sup> TEDH, *Caso Golder contra Reino Unido* (1975, n° 4451/70) párr. 26-40; TEDH, *Caso Campbell y Fell contra Reino Unido* (1984, n° 7819/77; 7878/77) párr. 24.

<sup>242</sup> TEDH, *Caso Steel y Morris contra Reino Unido* (2015, n° 68416/01) párr. 60-62.

<sup>243</sup> Entre otros, *cfr.* TEDH, *Caso A.C. y otros contra España* (2014, n° 6528/11) párr. 84; TEDH, *Caso Gebremedhin contra Francia* (2007, n° 25389/05) párr. 53.

<sup>244</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009) párr. 85.

<sup>245</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009) párr. 86.

una persona apropiada de su elección con el fin de que les ayude a expresar su opinión; el derecho a solicitar por sí mismos o a través de otros un abogado; el derecho a nombrar su propio representante; y, el derecho a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en dichos procedimientos. Este convenio también precisa el rol de las autoridades judiciales antes de tomar una decisión cuando en esta se ven involucrados niños. En tales casos deberán: a) examinar si dispone de información suficiente y, en su defecto, recabarla; b) si el niño posee discernimiento suficiente, ha de asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente; c) consultar al niño, si es necesario en privado; d) permitirle expresar su opinión; tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño. Asimismo tienen la obligación de actuar con prontitud en los casos urgentes, junto a la posibilidad de actuar de oficio en los casos determinados por el derecho interno en que se encuentre en peligro grave el bienestar de un niño.

Las anteriores disposiciones se encuentran más resumidas y detalladas en la Tabla N° 6 que se muestra a continuación:

**TABLA N° 6.**  
**Del derecho al debido proceso en los instrumentos del SEDH**

<b>Objeto de protección.</b>	<b>Disposiciones.</b>
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículos 5.1 y 9 CEDH.
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículo 6.1 CEDH; artículo 1, VII Protocolo del CEDH; artículos 3, 4, 5 CETS N° 160.

### **2.2.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

La protección internacional de los derechos humanos se caracteriza por su progresividad en un esfuerzo por conseguir que esa protección sea universal<sup>246</sup>. Con la Carta de la Organización de los Estados Americanos –instrumento que fue suscrito en 1948 en la ciudad de Bogotá, Colombia y el cual entró en vigor en diciembre de 1951– se conformó la Organización de Estados Americanos (en lo sucesivo, OEA) en el continente americano, principal organización de la región en cuyo estandarte se configura el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>247</sup> (en lo sucesivo, SIDH). Posteriormente, la Carta de la OEA fue enmendada por: a) el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigor en febrero de 1970; b) por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigor en noviembre de 1988; c) por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigor en enero de 1996; y, d) por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor en septiembre de 1997.

La OEA cuenta con dos organismos para la protección de los derechos humanos: La CorteIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CIDH), los

<sup>246</sup> GROSS (2004a) p. 15.

<sup>247</sup> BURGORGUE-LARSEN (2009) pp. 287-313.

cuales constituyen los *brazos* del SIDH<sup>248</sup>. Este sistema se comporta como un sistema de dos vías en el que la CIDH en su carácter de órgano cuasi jurisdiccional actúa como una primera instancia, en tanto que la CorteIDH actúa como una segunda instancia –solo cuando el Estado parte ha ratificado la jurisdicción de la CorteIDH<sup>249</sup>– pronunciando decisiones vinculantes respecto de los casos que le son sometidos por la CIDH o el Estado afectado<sup>250</sup>.

La CorteIDH está compuesta por siete jueces<sup>251</sup> y aunque no es de carácter permanente realiza sus sesiones por lo menos dos veces por año<sup>252</sup>. Así, emite no solo sentencias de tipo contencioso e interpretación de sus propias sentencias, sino también opiniones consultivas que pueden ser solicitadas por la CIDH, los Estados miembros de la OEA y otros órganos de la OEA. Además, la CorteIDH conserva la competencia para supervisar la ejecución de sus propias sentencias, dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en lo sucesivo, CADH) no ha creado un órgano para realizar esta tarea. Sin embargo, la CADH si señala que corresponde a la misma CorteIDH informar sobre los casos de no cumplimiento por parte del Estado de sus fallos, lo que puede hacer en el informe anual que somete a la AG en sus sesiones ordinarias.

A fin de consolidar un marco jurídico internacional que brinde protección a los derechos humanos, los Estados que conforman este sistema regional han pactado los siguientes instrumentos<sup>253</sup>: a) de carácter general: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; y, b) de carácter específico: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; la “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994; y, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, ambas de 2013.

A continuación, se presentan los instrumentos internacionales generales y específicos atinentes al fenómeno de la migración, ordenados en atención a criterios de especialidad y cronológico.

---

<sup>248</sup> Para una versión más detallada sobre este sistema de protección de los derechos humanos, véase LEDEZMA (2004).

<sup>249</sup> Los Estados que han reconocido la jurisdicción de la CorteIDH son 21 de 35 Estados miembro que conforman la OEA: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, La República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Para más información, véase sitio web oficial de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Tratados multilaterales*, disponible en: <[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)>, fecha de consulta: 13 enero 2019.

<sup>250</sup> BINDER (2010) p. 162.

<sup>251</sup> Véase los artículos 61 al 65, Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

<sup>252</sup> Véase los artículos 53 y 54, Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; artículo 22 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1979.

<sup>253</sup> El referido catálogo solo hace referencia a aquellos instrumentos internacionales del SIDH que están íntimamente vinculados con la protección de los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y expulsión.



**a) Instrumentos generales.**

**a.1) La Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre de 1948.**

También conocida como la *Carta Magna del Sistema Interamericano*<sup>254</sup>, la aprobación de la DADH precedió en algunos meses a la DUDH, comprendiendo un amplio catálogo de derechos y deberes de las personas. En esta línea, la DADH reconoce –entre otros derechos– el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas; el derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminado en el goce de los derechos humanos consagrados; el derecho a la vida privada, a constituir y a recibir protección para la familia; el derecho a la protección de la maternidad y la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho de asilo y el derecho a peticionar a las autoridades.

Respecto del tema que nos ocupa, es oportuno señalar que la DADH reconoce el derecho de todo ser humano a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, así como que nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil<sup>255</sup>. Además, este instrumento reconoce derechos en materia del debido proceso, cuya aplicación se hace extensiva a los inmigrantes detenidos con fines de expulsión. También asegura que toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos, lo que exige la disposición de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales.

**a.2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.**

La CADH ha sido adoptada por los Estados miembros del SIDH como su principal tratado internacional en materia de derechos humanos, junto a otros instrumentos como la Carta de la OEA de 1948 y la DADH de 1948; instrumentos internacionales sobre los que se sustenta el fundamento jurídico de sus actuaciones. En el marco de los instrumentos del SIDH, la CADH se configura como el principal instrumento de control para efectuar el monitoreo respecto del cumplimiento de las obligaciones sobre derechos humanos contraídas por los Estados<sup>256</sup>. Así, este instrumento distribuye su labor de promoción y defensa de los derechos humanos en torno a tres ejes: el de garantía de la protección de los derechos humanos –que constituye el enfoque de esta sección–, la promoción de los derechos humanos y la función consultiva.

La CADH reproduce, en su artículo 4, la redacción del PIDCP respecto del derecho a la vida; sin embargo, también se adoptó en el año 1990 el Protocolo para la abolición de la pena de muerte<sup>257</sup>. Este último, al igual de lo que ocurre con el PIDCP, también deja abierta la posibilidad de aplicar la pena de muerte en tiempos de guerra para delitos particularmente graves<sup>258</sup>. Respecto de la protección del derecho a la vida en la detención administrativa de

<sup>254</sup> BUERGENTHAL (1989) p. 111.

<sup>255</sup> Véase los artículos I y XXV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.

<sup>256</sup> La CADH solo ha sido ratificada por 24 Estados miembros de la OEA, de los cuales Granada, Jamaica y Dominica la han suscrito, pero sin ratificar la jurisdicción de la CorteIDH.

<sup>257</sup> XIII Protocolo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, de 2002. En este instrumento son parte 44 Estados, esto es, todos los Estados miembros del CdE, exceptuando Armenia, Azerbaijany Federación Rusa.

<sup>258</sup> Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 1990. En la actualidad son 13 los Estados parte: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

inmigrantes, se ha señalado que los Estados Miembros de la OEA deberán realizar investigaciones serias, exhaustivas, imparciales y ágiles sobre todo tipo de actos de violencia o situaciones de emergencia ocurridas al interior de los lugares de privación de libertad. Ello con el fin de esclarecer sus causas, individualizar a los responsables e imponer las sanciones legales correspondientes, cuando se produzcan muertes durante la detención. Así, se deben adoptar las medidas apropiadas para evitar la repetición de tales hechos al interior de los establecimientos de privación de libertad<sup>259</sup>.

Dado que la CADH dedica solamente un artículo a los derechos económicos, sociales y culturales, se le adiciona el Protocolo del Salvador – aprobado en 1988, entro en vigor en 1999– con el propósito de asegurar estos derechos. Si bien tales derechos se han reconocido en instrumentos internacionales –tanto de ámbito universal como regional– resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona.

## **b) Instrumentos específicos.**

### **b.1) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.**

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en lo sucesivo, CIPST) entró en vigor el 28 de febrero de 1987, como otro instrumento internacional para la protección de los derechos humanos. Fue adoptado en la AG, celebrada en Cartagena de Indias en 1985 con el objetivo de prevenir y sancionar casos de tortura y otras actividades similares. Con una propuesta más innovadora que la contenida en el instrumento para la prevención de la tortura adoptado por las Naciones Unidas<sup>260</sup>, la única definición de tortura se halla en el artículo 2 de la CIPTS. Esta se define como todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. No obstante, aunque el artículo 2 de la CIPST define la tortura, no la distingue de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por ello la CorteIDH ha adherido a la jurisprudencia europea sobre derechos humanos y ha llegado a la conclusión de que el criterio esencial para distinguir la tortura de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es la intensidad del sufrimiento<sup>261</sup>.

La CIPTS contempla en su artículo 6 el deber para los Estados parte de tipificar el delito en su derecho interno, prevenirlo y castigar severamente a los perpetradores de la tortura<sup>262</sup>. También ha contemplado el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para prevenir y sancionar cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante dentro de sus respectivas jurisdicciones. Además, este instrumento establece en su artículo 1 la obligación de los Estados parte de prevenir y sancionar la tortura. En sintonía con este principio, la jurisprudencia interamericana establece claramente que el Estado, como institución responsable de los establecimientos de detención, debe garantizar el respeto a los derechos de los detenidos que se encuentran bajo su control absoluto<sup>263</sup>, lo que incluye a su vez el resguardo de otros derechos como el relativo a la atención médica y psicológica, en el que la

<sup>259</sup> CIDH (2008).

<sup>260</sup> AGUILAR (2002) pp. 3 y ss.

<sup>261</sup> Corte IDH, *Caso Caesar contra Trinidad y Tobago* (2005, serie C n° 123) párr. 50.

<sup>262</sup> *Cfr.* artículo 6, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1987.

<sup>263</sup> Corte IDH, *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C n° 114) párr. 150.

CorteIDH ha dictaminado que la falta de una atención médica y psicológica apropiada y regular equivale a una violación del derecho a la integridad personal<sup>264</sup>.

**b.2) La “Convención de Belém do Pará” o Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994.**

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (en lo sucesivo, Belem do Pará) fue adoptada en 1994 para desarrollar mecanismos de protección y defensa de los derechos fundamentales de las mujeres, para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad –física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado– y su reivindicación dentro de la sociedad. De acuerdo con lo preceptuado en este instrumento internacional, la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

La violencia contra la mujer ha sido percibida como una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases. Por ello, este documento define la violencia contra la mujer, reconociendo el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y la destaca como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

El artículo 4 de Belem do Pará establece que *toda mujer* –previsión cuya redacción incluye a las mujeres migrantes– tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. En este contexto, se comprenden varios derechos, siendo oportuno mencionar –por ser de interés especial para el tema que nos ocupa– el derecho a que se respete su vida, sin el cual sería imposible detentar los demás; junto al derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; y el derecho a que se proteja a su familia. Sobre las connotaciones de estos derechos nos referiremos en una sección posterior.

**b.3) La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, ambas de 2013.**

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación Racial e Intolerancia (en lo sucesivo, Convención Antidiscriminación) fue aprobada en la Asamblea Ordinaria de la OEA, realizada en junio de 2013 en Guatemala, como un instrumento de defensa de los derechos humanos en SIDH. Esta convención trata la discriminación enfocándose en otros aspectos de la intolerancia motivadas por orientación sexual, identidad de género y condición infectocontagiosa estigmatizada. Asimismo, señala que la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno,

---

<sup>264</sup> Corte IDH, *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C n° 114) párr. 157.

discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Por su parte, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (en lo sucesivo, Convención Antirracismo) también fue adoptada el 5 de junio de 2013 por la OEA. Esta convención antidiscriminatoria atiende de una manera general la discriminación basada en motivos raciales. Además, define la discriminación racial en su artículo 1 como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia –que puede ocurrir en cualquier ámbito público o privado– cuyo objetivo o el efecto sea el de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte. Este instrumento continúa precisando –complementando la definición de acto discriminatorio que brinda la Convención Antidiscriminación– que la discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y hace referencia a la discriminación racial indirecta, así como a la discriminación múltiple o agravada. Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

En este orden de ideas, la CorteIDH ha opinado<sup>265</sup> que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, implica obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares. Asimismo, esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados más allá de cualquier circunstancia o consideración incluyendo el estatus migratorio de las personas<sup>266</sup>. Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados, por lo que es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado sea cual sea su organización política<sup>267</sup>. Lo anterior adquiere relevancia respecto de la detención administrativa de inmigrantes, pues – en base a este trato igualitario que asiste a toda persona– el inmigrante debe conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad<sup>268</sup>.

Cualquier Estado que adhiera ambas convenciones acepta sus cláusulas como obligatorias y de pleno derecho, reconociendo la competencia de la CorteIDH. Adicionalmente, mediante estos convenios se crea el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, conformado por un experto nombrado por cada Estado Parte quien ejercerá sus funciones en forma independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos asumidos por los Estados que sean parte de la Convención Antirracismo.

---

<sup>265</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18).

<sup>266</sup> VENTURA-ROBLES (2004) p. 123.

<sup>267</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 73.

<sup>268</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 73.

**c) La protección de los derechos humanos de los migrantes frente a la detención administrativa y la expulsión.**

Seguidamente, de acuerdo con el esquema aquí planteado para la revisión de los derechos que constituyen nuestro objeto de estudio, se hará una revisión de las singularidades bajo las cuales el SIDH brinda protección a los referidos derechos. En esta sección también se hará referencia a anticipada –en lo que corresponda- a la jurisprudencia emitida por la CorteIDH.

**c.1) Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentra consagrada en varios tratados interamericanos sobre derechos humanos<sup>269</sup>. De hecho, toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembros de la OEA debe ser tratada humanamente –con irrestricto respeto a su dignidad inherente a sus derechos y garantías fundamentales– respetándose las condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad<sup>270</sup>. El Estado será entonces el garante de los derechos de los detenidos y debe ofrecerles condiciones de vida compatibles con este trato humano y digno<sup>271</sup>. Aunque la DADH no contenga una prohibición específica de la tortura, su artículo I garantiza a todo ser humano el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Esta prohibición se encuentra regulada en la DADH en su artículo XXV, donde señala el derecho a un tratamiento humano durante la privación de la libertad. Por su parte, el artículo 5 de la CADH establece el derecho a la integridad personal. En su artículo 5.1 esta convención reconoce el derecho a la integridad física, psíquica y moral y el artículo 5.2, al referirse al derecho a integridad personal, sostiene que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. También agrega dicho artículo que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Asimismo, el artículo 27 de la CADH especifica que el derecho a la integridad personal es un derecho inderogable, e impide que los gobiernos recurran al empleo de malos tratos bajo cualquier circunstancia.

Por su parte, en la CIPTS –respecto de la protección de este derecho– se observan obligaciones en dos sentidos: de protección y de promoción de la dignidad humana ya que, lo que subyace en la proscripción es el reconocimiento y la defensa de esta última. Se trata de un instrumento internacional específico erigido con el propósito de proteger al individuo contra este tipo de violaciones a su integridad. Esta convención prohíbe en términos absolutos la tortura o un trato inhumano o degradante o algún castigo de esta índole. De su contenido resulta oportuno destacar lo preceptuado en cuanto a la definición de este tipo de tortura, que se encuentra en su artículo 2, como “...todo acto realizado intencionalmente por el cual se

---

<sup>269</sup> Reiterado también en el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas de 1988. Este conjunto de principios también señala en su sexto principio que ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por lo que no podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>270</sup> CIDH (2008).

<sup>271</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez contra Honduras* (2006, serie C n° 141) párr. 106; Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2004, serie C No. 112) párr. 159.

inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. Pero no la distingue de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Otro tanto agrega en su artículo 6 al referirse al deber por parte del Estado de asegurar la protección al individuo, rezando que: “...los Estados parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Estos se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, estos tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.

De acuerdo con lo anterior, el personal de los lugares de privación de libertad no debe emplear la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente –y de manera proporcionada– en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles, y por el tiempo y en la medida indispensables para garantizar la seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas<sup>272</sup>.

Muy cónsono con lo anterior, se ha señalado que el detenido tiene derecho a que se le practiquen exámenes médicos o psicológicos, imparciales y confidenciales. Estos deben ser practicados por personal de salud idóneo e inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental. Aunado a lo anterior, también tendrán derecho a: la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social. Esta protección incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole. También incluye las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH–SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal<sup>273</sup>.

Igualmente, se ha contemplado el derecho a recibir una alimentación que responda – en cantidad, calidad y condiciones de higiene–, a una nutrición adecuada y suficiente que atienda a las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos, permitiendo el acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo. También se debe asegurar

---

<sup>272</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez contra Honduras* (2006, serie C n° 141) párr. 106; Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2004, serie C No. 112) párr. 159.

<sup>273</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso López Álvarez contra Honduras* (2006, serie C n° 141) párr. 106; Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2004, serie C No. 112) párr. 159.

el acceso a centros de detención con adecuadas condiciones higiénicas y con facilidades de aseo<sup>274</sup>.

Adicionalmente, vinculado con el trato digno y la prohibición de hacinamiento dentro de los lugares de detención, la CIDH ha señalado que la ocupación de establecimientos por encima del número de plazas será prohibida por la ley. Este tipo de condiciones deberá ser considerada como una pena o trato cruel, inhumano o degradante, por lo que la ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido y en caso de ausencia de dicha legislación son los jueces competentes los llamados a adoptar remedios adecuados<sup>275</sup>. Según la CIDH, en materia de protección de los derechos humanos lo que se pretende es el resguardo del derecho a la dignidad humana y por ende, todas las instalaciones deben mantenerse con los mismos estándares<sup>276</sup>. Sin embargo, se debe asegurar la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales<sup>277</sup>. Adicionalmente, las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privadas de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales<sup>278</sup>.

Para la CIDH la *privación de libertad* incluye cualquier forma de detención de personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, entre otros<sup>279</sup>. Se trata de un concepto amplio vinculado a cualquier forma de limitación de la libertad ambulatoria del individuo. Así, toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados miembro de la OEA tiene derecho a recibir un trato humano y los Estados son el garante de este derecho frente a las personas privadas de libertad, a quienes se les debe respetar y garantizar su vida e integridad personal, asegurando las condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Por ello, se les debe proteger contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona<sup>280</sup>.

<sup>274</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso López Álvarez contra Honduras* (2006, serie C nº 141) párr. 106; Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2004, serie C No. 112) párr. 159.

<sup>275</sup> CIDH (2008). Estos principios consagran una serie de estándares novedosos en el ámbito regional y en materia de privación de la libertad. Así, en estos se reconoce el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales, así como el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral dada su particular situación de vulnerabilidad. En este sentido, este documento contempla la aplicación de los principios basados en un trato humano, igualdad y no discriminación, libertad personal y excepcionalidad de la detención preventiva, principio de legalidad y debido proceso. El referido documento también prevé principios relativos a las condiciones para la privación de libertad relativos al ingreso y atención médica, la salud, alimentación y agua potable, condiciones de higiene, entre otros.

<sup>276</sup> CIDH (2008).

<sup>277</sup> CIDH (2008). Estos principios son un complemento de las *Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos*, (Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/175, de 2016).

<sup>278</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/175, de 2016.

<sup>279</sup> CIDH (2008).

<sup>280</sup> CIDH (2008).

Además, el décimo principio señala que las personas privadas de libertad tienen derecho a la salud, lo que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo<sup>281</sup>. Adicionalmente, en toda circunstancia la prestación del servicio de salud deberá respetar la confidencialidad de la información médica; la autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y, el consentimiento informado en la relación médico-paciente.

Otros instrumentos específicos también ofrecen disposiciones de interés. Por su parte, la Convención de Belém Do Pará garantiza a toda mujer el derecho a una vida libre de violencia y en este sentido, reafirma el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura u otros tratos que no respeten su integridad personal y dignidad. Ello se desprende de lo preceptuado en sus artículos 4(b), 4(d) y 4(e). En tanto, la CERD en su artículo 5 (b) garantiza el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce del derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución.

Una síntesis de las anteriores disposiciones en materia de protección del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes la podemos observar en la Tabla N° 7:

**TABLA N° 7.**

**Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en los instrumentos del SIDH**

<b>Objeto de protección</b>	<b>Disposiciones</b>
Dignidad e integridad personal: Prohibición de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	Artículos 1 y 25 DADH; artículos 5 y 27 CADH.
Derecho a la salud.	Artículos 2 y 6 CIPST.
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículos 4(b), 4(d) y 4(e) Belem do Para.

**c.2) Del derecho a la vida privada y familiar.**

Hemos de comenzar teniendo en cuenta que el derecho a la vida privada y familiar no está consagrado en el ámbito universal como un derecho absoluto, sino que admite injerencias siempre que estas no sean arbitrarias o abusivas. A nivel regional esta protección se observa en los mismos términos. Estas restricciones o injerencias están asociadas con las facultades que tiene el Estado en ciertos ámbitos relacionados con la promoción del orden público y en el ejercicio de sus poderes soberanos. Y estas medidas de orden público adoptadas por el Estado también se observan en las regulaciones que impone a la migración internacional, a través de las facultades de las que dispone para el control del ingreso, la

<sup>281</sup> Vease el Principio X, CIDH (2008).



residencia y la expulsión de extranjeros. Así, la regulación de los derechos de los extranjeros corresponde, según establece el derecho internacional hoy vigente, al Estado en cuyo territorio o bajo cuya autoridad se encuentran esos extranjeros<sup>282</sup>.

Aunque el Estado pueda adoptar medidas vinculadas al orden público en el contexto de la regulación de la inmigración, si dichas medidas implican la separación de una familia, estas solo podrán justificarse por ser necesarias para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios sean proporcionales. Esto es particularmente importante pues a veces sucede que las decisiones de los Estados receptores de expulsar a personas migrantes a sus Estados de origen no toman en consideración la inminente separación de los hijos respecto de sus padres. Y tales situaciones se traducen en la afectación del derecho a la vida familiar. De hecho, los instrumentos internacionales exigen que –en el contexto de la migración internacional– los Estados no realicen actos que violen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, incluidas las decisiones que impliquen la separación de las familias.

La DADH en su artículo 5 señala que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques a su vida privada y familiar. Además, según la CIDH los artículos 5 y 7 de esta declaración, análogamente, circunscriben la legitimidad de la detención obligatoria del padre o madre de un niño o una niña, a una evaluación individualizada adecuada en la que se considere la proporcionalidad de las medidas del Estado con sus objetivos, prestando debida atención al interés superior del niño<sup>283</sup>. Por su parte, la CADH en su artículo 11.2 reconoce el derecho a la vida familiar en los mismos términos que el artículo 17 del PIDCP. La garantía de estos derechos tiene un impacto directo respecto de la pertinencia de la detención de familias y niñas y niños migrantes. En su artículo 17, la CADH señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Por su parte, la CIDH ha señalado que la privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales<sup>284</sup>. Estos aportes permiten también orientarnos respecto de la adopción de medidas de detención cuando se trata de este grupo altamente vulnerable.

La CorteIDH ha acordado –mediante su Opinión Consultiva (en lo sucesivo, OC) N° 21 de 2014– que el Estado tiene la obligación de realizar un riguroso análisis y ponderación entre los intereses estatales y la protección de la unidad familiar. Para ello, debe verificar en cada caso si las medidas adoptadas en materia migratoria no conlleven un tratamiento abusivo o arbitrario en la vida familiar de la niña o del niño, priorizando siempre su interés superior. En esa misma OC emitida por la CorteIDH se ha destacado la existencia de modelos familiares distintos al núcleo familiar biológico que deben tenerse en consideración al momento de analizar el interés superior del niño, niña o adolescente migrante, sin que ello implique la separación de sus familias<sup>285</sup>. Por ello, al momento de disponer los traslados, se debe tomar en especial consideración el impacto que puede tener en el derecho a la protección de la familia y al debido proceso. Esto debido a que, respecto de las personas que han estado

---

<sup>282</sup> ARLETAZZ (2014) p. 14.

<sup>283</sup> CIDH (2010) párr. 49.

<sup>284</sup> Véase el Principio III, CIDH (2008).

<sup>285</sup> *Vease, Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21).

presentes en un país por algún tiempo, la detención de un migrante cerca de su lugar habitual de residencia es esencial para proteger esos derechos<sup>286</sup>.

Aunado a lo anterior, la CorteIDH ha insistido en la no detención de niños y niñas con fundamento a su condición migratoria. Según su criterio, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentren junto a sus progenitores ni de aquellos menores no acompañados o separados de sus progenitores para cautelar los fines de un proceso migratorio<sup>287</sup>. Tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país con base al hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia. Más aún, no se puede alegar la protección del derecho a la unidad familiar a fin de justificar la detención de niños, niñas o adolescentes, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño<sup>288</sup>. El principio de no detención de niño, niña o adolescente migrantes, acompañado exige, por el contrario, la adopción de medidas particulares de protección, adecuadas a la situación de vulnerabilidad en que pudieran encontrarse.

Dentro del SIDH se ha dado prioridad al marco normativo e institucional de protección integral de la infancia por sobre la normativa y política migratoria, procurando que la condición de ser niño, niña o adolescente prime sobre el hecho de ser migrante. Así mismo, se ha sostenido que todas las decisiones, medidas y prácticas que se adopten en relación con su ingreso, permanencia o salida del país –y/o de sus padres– estén determinadas por el principio del interés superior del niño, garantizando el derecho a la reunificación familiar para todos los niños, niñas o adolescentes migrantes.

Otros instrumentos específicos también contienen disposiciones de interés respecto de la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar. Así, en Belem do Para también se observan disposiciones para la protección del derecho a la vida privada y familiar de la mujer. En su artículo 4 (e) se reconoce el derecho de toda mujer a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

La Tabla N° 8 permite una revisión sintetizada de las disposiciones anteriormente referidas:

**TABLA N° 8.**  
**Del derecho a la vida privada y familiar en los instrumentos del SIDH**

Objeto de protección	Disposiciones más relevantes
Derecho a la vida privada y familiar.	Artículos 5 y 6 DADH; artículo 11.2 CADH; artículo 4 e) Belem Do Para.
Derechos de los menores de edad y protección del interés superior del niño.	Artículos 5 y 6 DADH.

### c.3) Del derecho al debido proceso.

El derecho al debido proceso es un derecho reconocido abiertamente en el derecho internacional y en la mayoría de las constituciones modernas. Es el núcleo del cual surgen

<sup>286</sup> CIDH (2010) párr. 80.

<sup>287</sup> Vease, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 150 y 160.

<sup>288</sup> Vease, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 150 y 160.

normas principales a las que se aspira para asegurar un derecho justo, requiriendo de una serie de procedimientos incardinados en el respeto de un marco normativo mínimo<sup>289</sup>. Y su reconocimiento dentro del conjunto de instrumentos internacionales que conforman el SIDH no es la excepción.

La DADH reconoce en su artículo 18 el derecho a la justicia. De conformidad con este artículo, toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y debe poder disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Para satisfacer las garantías contenidas en los artículos 1 y 25 de la DADH, los Estados miembro deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad, entendido como el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios y no de una presunción de detención. Además, los procedimientos de revisión de la detención deben cumplir estrictamente las garantías del debido proceso, incluidos: el derecho a ser escuchado por un agente imparcial en la toma de decisiones, la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado, así como la posibilidad de ser representado por un asesor letrado.

Por su parte, en el catálogo de derechos contenidos en la CADH se encuentran reconocidos –en el artículo 7– el derecho a la libertad personal y la prohibición a la detención ilegal y arbitraria. Ello se traduce en el deber de fundamentar las razones de la detención en las constituciones políticas de los Estados parte y en sus legislaciones internas. Así, el derecho a la libertad reconocido en el artículo 7.1 de esta convención, aplica para toda clase de privaciones de la libertad, entre las cuales está incluida la detención migratoria<sup>290</sup>. El argumento según el cual la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales bajo las que existan serios indicios del riesgo que representa una persona. Por ello, la sola existencia de antecedentes penales no es suficiente para sustentar la detención de un inmigrante una vez ha cumplido la condena penal, sino que se deben explicar las circunstancias particulares por las cuales se considera ese riesgo<sup>291</sup>.

Asimismo, la CADH en su artículo 8 prescribe el derecho que toda persona tiene a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Junto a lo anterior, en su artículo 25 señala que toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un

---

<sup>289</sup> AGUDELO (2005) p. 91.

<sup>290</sup> En sus *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, la CIDH (2008) definió la privación de libertad como “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”.

<sup>291</sup> CIDH (2010) párr. 39.

recurso sencillo, rápido y eficaz ante autoridades competentes, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos. Por ello, tendrán derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas<sup>292</sup>.

La CIDH ha señalado que, en caso de una detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal<sup>293</sup>. Además, las personas privadas de libertad tendrán derecho a ser informadas prontamente de las razones de su detención y de los cargos formulados contra ellas, así como a ser informadas sobre sus derechos y garantías en un idioma o lenguaje que comprendan. También tendrán derecho a: disponer de un traductor e intérprete durante el proceso; a comunicarse con su familia; a ser oídas y juzgadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y a no ser juzgadas dos veces por los mismos hechos, si son absueltas o sobreseídas mediante una sentencia firme dictada en el marco de un debido proceso legal y conforme al derecho internacional de los derechos humanos<sup>294</sup>.

Igualmente, la CIDH ha reiterado que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a ser protegida contra todo tipo de privación de libertad ilegal o arbitraria<sup>295</sup>. Así, la ley debe prohibir, en toda circunstancia, la incomunicación coactiva de personas privadas de libertad y la privación de libertad secreta, por constituir formas de tratamiento cruel e inhumano. Asimismo, las personas privadas de libertad sólo serán reclusas en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos<sup>296</sup>. Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario. La privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente. Así, la privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.

También se ha referido al derecho de cualquier persona privada de libertad al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley. En este contexto, las personas privadas de libertad deben ser informadas prontamente de las razones de su detención y de los cargos formulados contra ellas, así como a ser informadas sobre sus derechos y garantías, en un idioma o lenguaje que comprendan; a disponer de un traductor e intérprete durante el proceso; y a comunicarse con su familia. Además, estas personas “[t]endrán derecho a ser oídas y juzgadas con las debidas

---

<sup>292</sup> CIDH (2008).

<sup>293</sup> CIDH (2010).

<sup>294</sup> CIDH (2008).

<sup>295</sup> Véase Principio III, CIDH (2008).

<sup>296</sup> También véase, CIDH (2008).

garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez, autoridad u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso; a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y a no ser juzgadas dos veces por los mismos hechos, si son absueltas o sobreseídas mediante una sentencia firme dictada en el marco de un debido proceso legal y conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Para determinar el plazo razonable en el que se desarrolla un proceso judicial se deberá tomar en cuenta: la complejidad del caso; la actividad procesal del interesado; y la conducta de las autoridades judiciales”<sup>297</sup>.

De igual modo, la CIDH también ha señalado que el defensor puede ser nombrado por la persona detenida, por su familia, o proporcionada por el Estado; y en base a este derecho, el detenido debe poder “...comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin interferencia o censura, y sin dilaciones o límites injustificados de tiempo, desde el momento de su captura o detención, y necesariamente antes de su primera declaración ante la autoridad competente”<sup>298</sup>. Además, en atención a estos criterios orientadores, “...toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos”<sup>299</sup>. En particular, en base a este derecho, al detenido se le debe permitir presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas. En esta misma línea orientativa, la CIDH ha precisado que, las declaraciones obtenidas mediante tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no deberán ser admitidas como medios de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberlas cometido, y únicamente como prueba de que tales declaraciones fueron obtenidas por dichos medios. Así, tendrán derecho, además, a comunicarse libre y privadamente con su representación diplomática o consular.

Otros instrumentos específicos contienen disposiciones de interés respecto de la protección del derecho al debido proceso. Belem do Para señala en su artículo 4 (g) el derecho de toda mujer a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. Por su parte, el artículo 5 (a) de la CERD contiene disposiciones que pretenden garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce del derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia.

La Tabla N° 9 muestra al lector un resumen de los aportes antes señalados:

---

<sup>297</sup> CIDH (2008).

<sup>298</sup> CIDH (2008).

<sup>299</sup> CIDH (2008).

**TABLA N° 9.**  
**Del derecho al debido proceso en los instrumentos del SIDH**

Objeto de protección.	Disposiciones
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículos 1 y 25 DADH; artículo 7 y 7.1 CADH
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículo 18 DADH; artículos 8, 25 CADH; artículo 4 g) Belem do Para; artículo 5 a) CERD.

### 2.3. La labor de las cortes regionales en la interpretación de los derechos humanos.

Antes de revisar la labor de las cortes regionales en la interpretación de los derechos reconocidos por los diferentes sistemas de protección del ámbito regional, hemos de esbozar aspectos vinculados al margen de apreciación nacional. Esta consideración preliminar obedece al empleo de esta noción –que se observa en mayor o menor medida– por parte de estos tribunales internacionales y su influencia en cuanto a la incorporación de los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos al ámbito regional.

El margen de apreciación nacional constituye, un concepto jurídico indeterminado<sup>300</sup>. Sea concebido como un poder de deferencia<sup>301</sup>, margen de maniobra<sup>302</sup>, posibilidad de evaluar situaciones y aplicar las disposiciones de los tratados en materia de derechos humanos<sup>303</sup> o de apreciar la necesidad y amplitud de ciertas injerencias a los derechos consagrados en los tratados sobre derechos humanos<sup>304</sup>; se trata de un margen de acción<sup>305</sup> o criterio<sup>306</sup> de interpretación concedido por parte de los tribunales regionales hacia los nacionales, para interpretar y aplicar los derechos humanos, ante la falta de consenso de los Estados que han ratificado un tratado en cuanto al tratamiento o aplicación de los derechos humanos consagrados en el instrumento de que se trate. Se trata de una doctrina que ha sido pensada para otorgar a los Estados un espacio de discrecionalidad en la determinación del contenido y alcance de sus obligaciones en materia de derechos humanos<sup>307</sup>, por lo que a su vez puede ser empleado como un argumento de defensa por parte del Estado en los casos en los que se trata de demostrar ante una Corte internacional su responsabilidad en la violación de derechos humanos.

Por su parte, García afirma que no se trata de una doctrina pese a que así se le llame habitualmente, sino que se trata de una cláusula demasiado imprecisa y discrecional, un criterio de decisión no reglado y de aplicación irregular, inidóneo en buena medida para cumplir los fines para los que ha sido configurada, siendo solo una fórmula a la que libremente acude la jurisprudencia y que resulta de vaga sistematización científica<sup>308</sup>. Esto es así ya que los tribunales regionales no la han revestido de la necesaria base teórica que la

<sup>300</sup> PASCUAL (2013) p. 225.

<sup>301</sup> SHANY (2006) p. 910.

<sup>302</sup> BARBOSA (2013) p. 1090.

<sup>303</sup> ARAI (2006) p. 1079.

<sup>304</sup> CALLEWAERT (2000) p. 52.

<sup>305</sup> ALEXY (1993) p. 267 y ss.

<sup>306</sup> BARBOSA (2013) p. 1090. En un mismo sentido, véase GARCÍA (2010) p. 377.

<sup>307</sup> ACOSTA (2012) p. 187.

<sup>308</sup> GARCÍA (2007) p. 142.

sistematice de manera general y abstracta, sino que se realiza caso por caso y atendiendo a una serie de circunstancias particulares, de carácter intrínseco y extrínseco, que envuelven la situación jurídica controvertida<sup>309</sup>.

Concebido también como una metodología de revisión de las decisiones nacionales por parte de los tribunales internacionales<sup>310</sup>, la configuración del criterio del margen de apreciación en mayor o menor medida ha sido producto de la diversa jurisprudencia que le ha dotado de contenido y ha precisado sus implicaciones; observándose la presencia de varios elementos pero distinguiéndose por lo menos los dos siguientes: el elemento de la *deferencia judicial* –los tribunales internacionales deben garantizar cierto grado de deferencia y respeto a la discrecionalidad de la que gozan los tribunales nacionales en el modo de ejecutar sus obligaciones internacionales– y, *flexibilidad normativa* –las normas internacionales que están sujetas a la aplicación del criterio deben proporcionar orientación de conducta limitada permitiendo una "zona de legalidad" significativa dentro de la cual los Estados son libres de operar<sup>311</sup>.

Este criterio puede ser observado su vertiente interna y externa<sup>312</sup>. A nivel interno, permite al Estado un amplio margen de maniobrabilidad en la adaptación del tratado a su legislación interna, generándose un dialogo entre el derecho interno y el derecho internacional<sup>313</sup>, ya que el Estado es el encargado de interpretar y aplicar los derechos humanos que están contenidos en el tratado. Entendido así, el margen de apreciación en la adecuación de tratados a su legislación interna no va a producir un resultado homogéneo en los Estados ya que va a influir en la forma como se adecue dicho contenido de los tratados y ello a su vez se traducirá en variaciones del contenido jurisprudencial de cada país, según las interpretaciones que se efectúen en la aplicación de dichas legislaciones nacionales a los casos concretos. Por su parte, en el orden externo este criterio se transforma en un margen limitado de interpretación de los derechos humanos que tiene el Estado<sup>314</sup> debido a que ahora éste se encontrará frente a la jurisdicción internacional subsidiaria en virtud de las denuncias de violaciones de derechos humano. Así, el margen de apreciación nacional se hace necesario para reflejar la realidad interna de cada Estado y al mismo tiempo responde a la lógica de una protección internacional subsidiaria a la interna<sup>315</sup>.

El margen de apreciación no puede ser abordado sin límite alguno, sino que sus límites son intrínsecos –surgen de las obligaciones adquiridas por los Estados al momento de ratificar los tratados de derechos humanos– y, extrínsecos –que aparecen cuando los derechos son controlados materialmente por los tribunales regionales de protección de derechos humanos en los alcances que éstos les otorgan a los derechos en virtud del principio de proporcionalidad–<sup>316</sup>. El TEDH en su labor de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos por parte de los Estados miembros, ha establecido un mínimo de respeto de los derechos reconocidos en el tratado en el cual el margen de apreciación juega un rol importante. Ni sus trabajos preparatorios ni la propia

---

<sup>309</sup> PASCUAL (2013) p. 225.

<sup>310</sup> SHANY (2006) p. 910.

<sup>311</sup> SHANY (2006) p. 910.

<sup>312</sup> BARBOSA (2013) p. 1091.

<sup>313</sup> BARBOSA (2013) p. 1092.

<sup>314</sup> BARBOSA (2013) p. 1092.

<sup>315</sup> GARCÍA (2007) p. 130.

<sup>316</sup> BARBOSA (2013) p. 1092 y ss.

CEDH hacen mención expresa a la noción del margen de apreciación, sino que sus orígenes descansan en la doctrina de la ley marcial clásica y en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés junto a otras instituciones del derecho administrativo continental relativas a los modos de revisión de legalidad del acto administrativo y discrecionalidad<sup>317</sup>.

Los primeros pronunciamientos que han dado origen a la formulación de esta doctrina se remontan a la resolución emitida por el TEDH. En este asunto el Reino Unido denunció a Grecia por la imposición de medidas de emergencia en Chipre, inquiriendo sobre la aplicación del contenido del artículo 15 del CEDH –que permite derogar las obligaciones del CEDH bajo circunstancias de guerra o peligros públicos–, oportunidad en la que la CEDH señaló que el Estado estaba posibilitado en dichas circunstancias para adoptar medidas discrecionales en la evaluación de la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación<sup>318</sup>. Posteriormente el TEDH señaló el carácter subsidiario de la CEDH respecto de la actuación del Estado en el ejercicio de su voluntad, al existir aspectos de la vida social en el que este último puede para adoptar las medidas que estime apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención<sup>319</sup>. El TEDH se refirió al margen de apreciación de forma expresa. Indicó que el Estado podía tener razones válidas o necesarias para imponer restricciones, procediendo a la detención de varios vagabundos, a fin de defender la moral y el orden público, así como los derechos y libertades de los demás<sup>320</sup>.

El criterio del margen de apreciación en principio aparece delineado por el TEDH, producto de la interpretación del artículo 15 que hiciera la CEDH para aquellos casos en los que el Estado puede suspender los derechos señalados en dicho artículo. Ello, a través de una célebre sentencia en la que el TEDH se refirió al gran margen de apreciación de juez nacional respecto del juez internacional para determinar tanto el grado de peligro público que pudiera amenazar la vida de la nación, así como los medios para disipar dicha amenaza<sup>321</sup>. Pero luego de la anterior decisión, este Tribunal no solo limitó el empleo de este criterio a los casos señalados en el artículo 15 de la CEDH, sino que los ató también a las restricciones específicas ejercidas por los Estados respecto de los derechos<sup>322</sup>.

Este concepto aún está sometido a evolución y matización en la jurisprudencia del Tribunal y ha encontrado su más amplia expresión en casos en los que entraban en juego elementos definidores del régimen político y constitucional específico de un país, cuya alteración el TEDH consideró fuera de su marco de atribuciones<sup>323</sup>. Vale la pena acotar que el margen de apreciación de las autoridades nacionales se encuentra estrechamente vinculado a su función de garantes ordinarios de los derechos del CEDH. Como este mismo instrumento lo establece en su artículo 35, el TEDH desempeña únicamente un papel subsidiario, en el sentido de que su actuación sólo procede cuando se hayan mostrado inefectivos los mecanismos nacionales de protección.

---

<sup>317</sup> HOWARD (1996) p. 14.

<sup>318</sup> Vease, TEDH, *Caso Irlanda contra Reino Unido* (1978, no. 5310/71).

<sup>319</sup> Vease, TEDH, *Caso Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* (1968, nº 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962).

<sup>320</sup> TEDH, *Caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica* (1972, nº 2832/66; 2835/66; 2899/66).

<sup>321</sup> TEDH, *Caso Irlanda contra Reino Unido* (1978, no. 5310/71).

<sup>322</sup> BARBOSA (2013) pp. 1092 y ss.

<sup>323</sup> TEDH, *Caso Leyla Sahin contra Turquía* (2005, nº 44774/98); TEDH, *Caso Yumak y Sadak contra Turquía* (2008, nº 10226/03).



Sin embargo, a nivel de los órganos del SEDH la construcción del margen de apreciación se observa poco densa y muy susceptible de aplicaciones diversas que rayan en lo contradictorio. No es fácil encontrar en la jurisprudencia una caracterización más precisa, salvo que se trata de cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de las obligaciones impuestas por el CEDH y en caso de un exceso que aparentemente sea legítimo, en base al principio de proporcionalidad se aboca la supervisión europea<sup>324</sup>. La línea delgada que existe entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción europea de derechos humanos es a veces tan delgada que no se sabe por donde discurre, haciendo del margen de apreciación un instrumento impreciso que se superpone a la indeterminación de los derechos, por lo que requiere de una depuración teórica que permita una aplicación más precisa<sup>325</sup>.

Por otra parte, la revisión de la jurisprudencia interamericana apunta al incremento<sup>326</sup> –durante las últimas dos décadas– en la cantidad de fallos emitidos por la CorteIDH, en los que ha abordado controversias vinculadas al cumplimiento por parte de los Estados de los Convenios Internacionales debidamente suscritos en materia de derechos humanos. Se le ha visto como defensora de los derechos humanos en la región respecto de violaciones de derechos humanos de todo tipo, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, violaciones de los derechos de los inmigrantes indocumentados, violaciones de derechos de los pueblos indígenas, desapariciones forzadas<sup>327</sup>. El sustento de la doctrina del margen de apreciación en el SIDH se encuentra en el Preámbulo de la CADH de 1969 al señalar que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón que justifica una protección internacional de naturaleza convencional que es coadyuvante o complementaria al derecho nacional, por lo que la prioridad en la interpretación y aplicación de los derechos humanos la tiene el juez nacional antes que el juez regional, quien solo actúa de forma subsidiaria<sup>328</sup>.

La CorteIDH en ciertos informes de admisibilidad se ha decantado en menor medida por el empleo de este criterio y cuando se ha pronunciado lo ha hecho para restringir dicho margen en favor de la protección de los derechos de las minorías, señalando que no pueden extenderse las concepciones sociales de restricción de derechos humanos en el continente<sup>329</sup>. Así, ha señalado que para analizar la doctrina del margen de apreciación deben ser consideradas las circunstancias específicas del caso y las condiciones prevalentes de su contexto histórico, reafirmando de esta forma el carácter restrictivo con el que debe emplearse el margen de apreciación, que siempre debe tender al refuerzo del sistema y sus objetivos<sup>330</sup>.

Esta noción no ha sido definida expresamente por la CorteIDH en sus fallos, ni ha aludido a dicho criterio de forma precisa<sup>331</sup>. Y, aunque no es una doctrina ajena al SIDH, como un alegato de defensa de los Estados ha tenido un menor desarrollo en este sistema que

<sup>324</sup> GARCÍA (2007) p. 122.

<sup>325</sup> GARCÍA (2007) p. 125.

<sup>326</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (2013).

<sup>327</sup> Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase BURGORGUE-LARSEN y UBEDA (2008).

<sup>328</sup> ARAI (2006) p. 1087.

<sup>329</sup> BARBOSA (2013) p. 1096.

<sup>330</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 10.804 Guatemala (1993, Informe n° 30/93).

<sup>331</sup> Ha sido la doctrina que, ante la ausencia de una definición jurisprudencial del margen de apreciación nacional, trata de definirlo cada vez que estudia su aplicación en la jurisprudencia regional de derechos humanos, TULKENS y DONNAY (2006) pp. 5-6.

en el SEDH<sup>332</sup>. En el ejercicio de sus facultades, la CorteIDH ha extendido las competencias que le son atribuidas por la CADH –lo que implica que muchas veces su actuación no encuentra base legal en la Convención– y en asuntos de protección de derechos humanos se ha traducido en la restricción considerable de la esfera de acción de las instituciones nacionales y autoridades internas<sup>333</sup>, dando un efecto directo a sus sentencias respecto de las sentencias nacionales<sup>334</sup>. Si bien el artículo 2 de la CADH contempla el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a los parámetros de la CADH, también les atribuye un margen de acción para efectuar dicha adecuación. Esto basado en la importancia que reviste el conocimiento más próximo que puedan tener los jueces nacionales en su apreciación de las realidades internas –en lo jurídico, económico y social– en la aplicación de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional. Sin embargo, el artículo 29 de la CADH señala límites<sup>335</sup> en la interpretación de la Convención por parte de los Estados, para evitar que estos se desvíen de sus funciones como garantes de la protección de los derechos humanos, incurriendo con ello en responsabilidad internacional. Por ello, muchas veces la CorteIDH ha adoptado un rol proteccionista al dar un efecto directo a sus sentencias respecto de las sentencias nacionales<sup>336</sup>.

La CorteIDH ha desarrollado así su doctrina del control de convencionalidad<sup>337</sup>, equiparable al control de constitucionalidad nacional, según el cual los jueces deben interpretar y aplicar directamente las disposiciones de la convención en asuntos de derechos humanos por encima de aquellas legislaciones nacionales que las contravienen. Si bien con este comportamiento el objetivo perseguido por la CorteIDH ha sido el de asegurar el efecto útil de la CADH, en esta tarea no necesariamente la CADH le da facultades a la CorteIDH para decidir el cómo los Estados han de asegurar tal efecto útil<sup>338</sup>. Así, las decisiones de la CorteIDH en las que se ha determinado la aplicación directa por parte de los jueces nacionales del contenido de sus fallos –desaplicando las legislaciones nacionales que contravengan lo contenido en la CADH– interfieren con el margen de apreciación que tiene los Estados según el artículo 2 de la CADH y la subsidiariedad bajo la cual la CADH interactúa con el sistema nacional. Además, las obligaciones generales que asumen los Estados al firmar y ratificar la CADH o la CEDH limitan su margen nacional de apreciación impidiendo que puedan aprovechar la falta de consenso entre los diferentes Estados parte sobre casos específicos surgidos en derredor de la interpretación y aplicación de los derechos humanos. La CorteIDH ha señalado que, en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>339</sup>.

---

<sup>332</sup> ACOSTA (2012) p. 183.

<sup>333</sup> BINDER (2010) p. 161.

<sup>334</sup> BINDER (2010) p. 161.

<sup>335</sup> *Vease*, CADH de 1969 artículo 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

<sup>336</sup> BINDER (2010) p. 161.

<sup>337</sup> BINDER (2010) p. 168.

<sup>338</sup> BINDER (2010) p. 173.

<sup>339</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 77.

En este sentido, la CorteIDH ha recalado que esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial y la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), debiendo adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención<sup>340</sup>. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

El problema con el criterio del margen de apreciación deriva de la ausencia de algún tratado que precise con claridad los límites para su aplicación a nivel nacional, lo que justifica la necesidad de un órgano de monitoreo supranacional que constantemente supervise su aplicación y evite así los excesos en los que pueda incurrir el Estado, quien debe actuar de buena fe en el empleo de esta discrecionalidad<sup>341</sup>. Pero el aumento del poder de revisión judicial ejercido por los tribunales internacionales sobre los responsables nacionales de tomar decisiones plantean una serie de problemas –por ejemplo, insuficiencias percibidas en la calidad de decisiones judiciales, déficits democráticos en el funcionamiento de tribunales internacionales, limitaciones de recursos en la capacidad de los tribunales internacionales para manejar un mayor número de casos–, principalmente relacionados con la legitimidad y problemas de capacidad<sup>342</sup>. Esta doctrina general del margen de apreciación trata de responder a estas inquietudes, a través del desarrollo menos intrusivo y, por implicación, más políticamente aceptable y rentable de revisión de las decisiones nacionales<sup>343</sup>.

En las secciones que a continuación se desarrollan, se han extractado los aportes más relevantes de la jurisprudencia emitida por las cortes regionales en materia de derechos humanos y migración, con especial énfasis en sus pronunciamientos en torno al contenido y alcance de los derechos o restricciones de estos y las obligaciones del Estado –a partir del análisis de las circunstancias en que ejercen sus derechos las personas migrantes– declarando la violación de los derechos humanos que son analizados en la presente investigación.

### **2.3.1. Criterios jurisprudenciales de la Corte Europea de Derechos Humanos.**

A continuación, se revisa una muestra de jurisprudencia del TEDH en relación con los casos contenciosos que esta ha dilucidado en el ámbito migratorio. Muchos de estos han sido pormenorizados para facilitar la comprensión del lector respecto del contexto en el que se ha emitido el pronunciamiento en cuestión. En muchos otros casos, simplemente se ha referenciado la jurisprudencia en el pie de página para su consulta, ya que –como podrá observarse de su lectura– el TEDH ha sido prolífico en la producción de estos criterios jurisprudenciales.

---

<sup>340</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 77.

<sup>341</sup> SHANY (2006) p. 910.

<sup>342</sup> SHANY (2006) p. 908.

<sup>343</sup> SHANY (2006) p. 908.

a) **Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

En materia de detención y respecto del derecho a no ser sometidos a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, aunque el CEDH no regula condiciones de habitabilidad y de permanencia en los centros de internamiento de manera detallada, ello no ha impedido que TEDH se pronuncie asentando las bases de las condiciones de vida de las personas que permanecen internadas a la espera de ser expulsadas. Así, el TEDH ha precisado que el artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este orden de ideas, el TEDH ha señalado que para valorar la existencia o no de alguna violación de la Convención es fundamental tomar en consideración el conjunto de circunstancias presentes en cada caso. En este contexto, el tribunal ha destacado que la privación de libertad de una persona en una zona de tránsito sin que nadie se haga cargo de sus necesidades básicas más esenciales puede llegar a constituir una violación del artículo 3 del CEDH. Ello se desprende del caso *Riad e Idiab contra Bélgica*<sup>344</sup>, en el que los solicitantes –nacionales palestinos– se quejaron en particular de las condiciones en que habían sido detenidos en la zona de tránsito del aeropuerto nacional de Bruselas después de su entrada ilegal en territorio belga. Aquí, el TEDH determinó que se había producido efectivamente una violación del Convenio porque esas personas permanecieron en la zona de tránsito durante un tiempo sin que nadie les garantizara la alimentación, la higiene, un lugar donde dormir o donde desarrollar su vida, y sin contacto alguno con el mundo exterior. Todo ello causó graves sufrimientos psicológicos en los demandantes, un sentimiento de humillación y un atentado a su dignidad.

Asimismo, respecto de las condiciones deplorables y precarias de los centros de internamiento en Grecia<sup>345</sup>, Turquía<sup>346</sup> y Rusia<sup>347</sup>, dictaminó que estas no cumplían con los lineamientos mínimos señalados en el artículo 3 del CEDH, por las condiciones –entre otras: superpoblación de los centros, las condiciones de habitabilidad de las celdas como falta de luz o falta de ventilación, insuficientes condiciones higiénicas de las instalaciones– en las que permanecían los inmigrantes en situación irregular y los solicitantes de protección internacional a la espera de que su situación se resuelva y sean puestos en libertad o expulsados a sus países de origen.

Similar fue el pronunciamiento en *Dougoz contra Grecia*<sup>348</sup> en el que el demandante –un nacional sirio, fue puesto en detención policial en Grecia en espera de su Expulsión a Siria. Estuvo recluso varios meses en la comisaría de policía de Drapetsona donde, según él, estaba recluso en una celda superpoblada y sucia con insuficientes instalaciones sanitarias y para dormir, escasa agua caliente, sin aire fresco o luz natural y sin patio para ejercitar. El

<sup>344</sup> TEDH, *Caso Riad e Idiab contra Bélgica* (2008, n° 29787/03 y n° 29810/03).

<sup>345</sup> TEDH, *Caso Lici contra Grecia* (2014, n° 69881/12); TEDH, *Caso De los Santos y De la Cruz contra Grecia* (2014, n° 2134/12 y n° 2161/12); TEDH, *Caso M.D. contra Grecia*. (2014, n° 56028/10); respecto de los centros de detención de Feres, Venna, Suflí y Filakio, TEDH, *Caso F.H. contra Grecia* (2014, n° 78456/11); TEDH, *Caso Herman y Serazadishvili contra Grecia* (2014, n° 26418/11 y n° 45884/11); TEDH, *Caso Tatishvili contra Grecia* (2014, n° 26452/11), sobre la Subdirección de la policía de extranjería de Salónica y el centro de detención de Petru Ralli.

<sup>346</sup> TEDH, *Caso Asalya contra Turquía* (2014, n° 43875/09); TEDH, *Caso Yarashonen contra Turquía* (2014, n° 72710/11).

<sup>347</sup> TEDH, *Caso Rakhimov contra Rusia* (2014, n° 50552/13).

<sup>348</sup> TEDH, *Caso Dougoz contra Rusia* (2001, n° 40907/98).

Tribunal sostuvo que las condiciones de detención del demandante en la policía sede y el centro de detención de Drapetsona, en particular el grave hacinamiento y ausencia de instalaciones para dormir, combinado con la extensión desmedida del tiempo de su detención, había supuesto un trato degradante contrario al artículo 3 del CEDH.

En *S.D. contra Grecia*<sup>349</sup> –caso en el que un ciudadano turco fue detenido durante dos meses en un centro de detención en una estación de guardia de fronteras en Grecia después de entrar en el país de manera irregular– el TEDH concluyó que el solicitante había experimentado condiciones de detención que equivalían a un trato degradante en violación del artículo 3 respecto del derecho a no soportar tratos crueles, inhumanos o degradantes contemplado en el CEDH, ya que había pasado dos meses en una cabina prefabricada, sin permitir su uso en exteriores y sin acceso a un Teléfono, mantas o sábanas limpias o suficientes productos de higiene. En este contexto, en *A.A. contra Grecia*<sup>350</sup> el tribunal sostuvo que se había incurrido en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes contenida en la CEDH, debido a las condiciones de vida en el centro de detención – el piso lleno de suciedad donde los detenidos comen y duermen, montones de basura en los pasillos, comida insuficiente y preparada en condiciones antihigiénicas, piojos y enfermedades de la piel, ventanas cerradas con tablas de madera, WC y ducha combinados sin agua caliente, acceso a un pequeño patio solo según capricho de los guardias, imposibilidad de hacer llamadas telefónicas y hacinamiento<sup>351</sup>–, las cuales implicaron un trato degradante para el solicitante, así como la falta de diligencia por parte de las autoridades para proporcionarle los servicios médicos apropiados.

El TEDH ha tomado en cuenta factores tales como la falta de asistencia médica de emergencia y especializada pertinente, deterioro excesivo de la salud física y mental de la persona privada de la libertad y exposición a dolor severo o prolongado a consecuencia de la falta de atención médica oportuna y diligente, las condiciones excesivas de seguridad a las que se ha sometido a la persona a pesar de su evidente estado de salud grave y sin existir fundamentos o evidencias que las hicieran necesarias, entre otros, para valorar si se ha dado un tratamiento inhumano o degradante a la persona privada de la libertad. Asimismo, el TEDH ha agregado que, según el artículo 3 de la CEDH, el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida<sup>352</sup>.

La jurisprudencia del TEDH ha precisado el deber del Estado de investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares<sup>353</sup>, deber que solo se limita a las acciones cometidas dentro de su

---

<sup>349</sup> TEDH, *Caso S.D. contra Grecia* (2009, nº 53541/07).

<sup>350</sup> TEDH, *Caso A. A. contra Grecia* (2010, nº 12186/08).

<sup>351</sup> Cfr. TEDH, *Caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía* (2010, nº 30471/08); TEDH, *Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (2011, nº 30696/09); TEDH, *Caso R. U. contra Grecia* (2011, nº 2237/08); TEDH, *Caso Horshill contra Grecia* (2013, nº 70427/11).

<sup>352</sup> TEDH, *Caso Kudla contra Polonia* (2000, nº 30210/96) párr. 93-94.

<sup>353</sup> TEDH, *Caso Indelicato contra Italia* (2001, nº 31143/96).

jurisdicción<sup>354</sup>. En *Sakir contra Grecia*<sup>355</sup> el tribunal señaló que se había violentado el derecho a la integridad personal en los términos del artículo 3 del CEDH, dado que la policía no había intentado averiguar desde el hospital si el estado de salud del solicitante le permitía ser puesto en detención. Señaló que, a pesar de las instrucciones específicas de sus médicos, hubo deficiencias en la forma en que se atendió su condición médica y su estado de vulnerabilidad. También se ha pronunciado respecto de los cuidados médicos que implican especial atención a las personas con problemas mentales<sup>356</sup>. Recientemente el TEDH se ha pronunciado respecto de la posibilidad de alegar circunstancias *excepcionales* por parte de los Estados para eximirse del cumplimiento de lo contemplado por el artículo 3 del CEDH. Tal es el caso *J. R. y otros contra Grecia*<sup>357</sup> en el que sostuvo que no hubo violación del artículo 3 respecto de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, al constatar que el umbral de severidad requerido para que la detención de los solicitantes se caracterizara como un trato de esta naturaleza no se había alcanzado en este caso. El tribunal señaló en particular que, aunque los hechos en cuestión ocurrieron bajo circunstancias de *aumento excepcional* y agudo de los flujos migratorios en Grecia generándose con ello dificultades organizativas, logísticas y estructurales, habida cuenta del carácter absoluto del artículo 3, los factores asociados a un aumento en la creciente afluencia de migrantes no podía eximir a los Estados de sus obligaciones de garantizar que todas las personas privadas de libertad se encontraban en condiciones compatibles con el respeto de los dignidad humana.

En *Aden Ahmed contra Malta*<sup>358</sup> se refirió también a las condiciones de detención que pueden calificar como trato degradante cuando se trata de mujeres inmigrantes detenidas a la espera de expulsión. Este caso se trató de una nacional somalí y su detención en Malta después de ingresar al País de modo irregular por barco. El TEDH sostuvo que le preocupaban las condiciones en que la demandante fue detenida en el centro de detención de Lyster Barracks –en particular la posible la exposición de los detenidos al frío, la falta de personal femenino en el centro de detención, total falta de acceso al aire libre y al ejercicio por períodos de hasta tres meses, una dieta inadecuada– y la especial vulnerabilidad del solicitante debido a su salud frágil junto a circunstancias personales emocionales. Ella había sufrido previamente un aborto involuntario mientras estuvo en detención y también fue separada de su hijo pequeño. Así, en conjunto, esas condiciones en las que había vivido durante 14 meses y medio como inmigrante detenida, implicó un trato degradante.

También se ha pronunciado respecto de las condiciones en la detención de menores no acompañados y mujeres migrantes detenidas<sup>359</sup>. En *Mubilanzila Maveka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*<sup>360</sup> –caso que se refería a la detención de casi dos meses en un centro de tránsito para adultos administrado por la Oficina de Extranjería cerca del aeropuerto de Bruselas de un ciudadano congoleño de cinco años viajando solo para unirse a su madre que había obtenido el estatus de refugiada en Canadá– el TEDH sostuvo que había violado el artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) del CEDH teniendo en cuenta las

<sup>354</sup> TEDH, *Caso Al-Ádsani contra Reino Unido* (2001, n° 35763/97).

<sup>355</sup> TEDH, *Caso Sakir contra Grecia* (2016, n° 48475/09).

<sup>356</sup> TEDH, *Caso Slimani contra Francia* (2004, n° 22070/93).

<sup>357</sup> TEDH, *Caso J. R. y otros contra Grecia* (2018, n° 22696/16).

<sup>358</sup> TEDH, *Caso Aden Ahmed contra Malta* (2013, n° 55352/12).

<sup>359</sup> Cfr. TEDH, *Caso Rahimi contra Grecia* (2011, n° 8687/08); TEDH, *Caso Popov contra Francia* (2012, n° 39472/07 y n° 39474/07).

<sup>360</sup> TEDH, *Caso Mubilanzila Maveka y Kaniki Mitunga contra Bélgica* (2006, n° 13178/03).

condiciones de la detención del niño, detenido durante casi dos meses en un centro que inicialmente había sido destinado a adultos, a pesar de que no estaba acompañado por sus padres y nadie había sido asignado a cuidarle. El TEDH determinó que las condiciones de detención habían causado al niño una angustia considerable y no se podía ignorar los graves efectos psicológicos que la detención en tales condiciones tendría sobre él.

En *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica*<sup>361</sup> este órgano ha señalado que la obligación de velar por el interés superior del menor no se cumplía solo con asegurar la unión familiar durante la detención. Este caso se trató de una madre y sus cuatro hijos –de siete meses, tres años y medio, cinco y siete años para el momento de la detención–, ciudadanos rusos de Origen checheno que, habiendo huido de Grozny a Chechenia, llegaron a Bélgica, donde buscaron asilo. Como habían pasado algún tiempo en Polonia, las autoridades polacas acordaron hacerse cargo de ellos. En diciembre de 2006 fueron colocados en un centro de tránsito cerrado administrado por la Oficina de Extranjería cerca del aeropuerto de Bruselas, donde los extranjeros (adultos solteros o familias) se mantuvieron en espera de su expulsión del país. Aquí se determinó que, respecto de la detención de los cuatro niños, se había violentado la CEDH en su artículo 3, recordando que la extrema vulnerabilidad de un niño era una consideración primordial tenía prioridad sobre su estatus de extranjero ilegal.

Respecto del principio de no devolución, el TEDH también ha emitido pronunciamientos de interés, aunque estos no son muy abundantes. Así, en *Soering*<sup>362</sup> se indicó que se comprometía la responsabilidad del estado por el traslado de una persona a otro Estado en el que estaría expuesto a cierto grado de riesgo de que sus derechos humanos fuesen conculcados<sup>363</sup>. En este orden de ideas, el referido tribunal reafirmó la aplicabilidad extraterritorial de las garantías de derechos humanos dentro del CEDH, así como la prohibición de absoluciones contra la tortura en virtud del artículo 3 del referido Convenio. Además, el TEDH ha determinado que la protección contemplada en el artículo 19 del CEDH también se aplica cuando el riesgo de sufrir tortura o malos tratos provenga de grupos particulares<sup>364</sup>. Respecto de las expulsiones colectivas, este tribunal ha señalado que la prohibición de expulsión es taxativa y afecta tanto la adopción de la expulsión como su ejecución<sup>365</sup>.

Para facilitar la lectura, a continuación, se pueden revisar con más detalle los anteriores criterios jurisprudenciales en la Tabla N° 10:

**TABLA N° 10.**  
**Criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes**

Objeto de protección	Disposiciones Aplicadas	Criterios
Dignidad e integridad personal:	Artículos 3 y 8 CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prohibición de sometimientos a pruebas que excedan del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención.</li> </ul>

<sup>361</sup> TEDH, *Caso Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica* (2010, n° 41442/07).

<sup>362</sup> TEDH, *Caso Soering vs. Reino unido* (1989, n° 14038/88).

<sup>363</sup> GREENMAN (2015) pp. 265 y ss.

<sup>364</sup> TEDH, *Caso Aden Ahmed contra Malta* (2013, n° 55352/12).

<sup>365</sup> TEDH, *Caso Conka contra Belgica* (2002, n° 51564/99) párr. 56.

Condiciones mínimas (habitabilidad y permanencia) de los Centros de internamiento.		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Para valorar la existencia o no de alguna violación de la Convención se deben considerar el conjunto de circunstancias presentes en cada caso.</li> <li>• Los graves sufrimientos psicológicos y el sentimiento de humillación durante la detención constituyen tortura.</li> <li>• La falta de condiciones mínimas de detención y la extensión desmedida de su duración constituyen tratos degradantes.</li> <li>• Deber de desplegar detención en recintos separados de reos comunes</li> </ul>
Derecho a la salud: Asistencia médica y necesaria atención del detenido.	Artículo 3 CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Es deber del Estado asegurarse del estado de salud del solicitante, para determinar si sus condiciones de salud permiten la detención.</li> </ul>
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículos 3 y 19 CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Su infracción compromete la responsabilidad del Estado.</li> <li>• Esta protección también se aplica si el riesgo de sufrir tortura o malos tratos proviene de grupos particulares.</li> <li>• La prohibición de expulsiones colectivas es taxativa.</li> </ul>

#### b) Del derecho a la vida privada y familiar.

El TEDH ha elaborado una prolija jurisprudencia interpretativa del citado derecho, cuyas consecuencias podrían también ser extendidas a la detención administrativa de inmigrantes<sup>366</sup>. Así, ha señalado que la vida privada y familiar debe protegerse contra injerencias de las autoridades<sup>367</sup>, junto al deber de las autoridades de evitar la intromisión de terceros particulares en la esfera privada de la persona<sup>368</sup>. También, la protección se extiende contra intromisiones en el ámbito de la vida privada o familiar por actuaciones procesales<sup>369</sup>. Asimismo, ha protegido la relación familiar *entre familiares cercanos* entre los que menciona las relaciones entre los abuelos y los nietos, así como tíos y sobrinos<sup>370</sup>. La relación familiar se protege, como es obvio, tanto si es biológica como si es el resultado de una adopción<sup>371</sup>,

<sup>366</sup> Si bien los casos que componen la jurisprudencia aquí citada no han versado sobre asuntos de detención de inmigrantes sino de otras situaciones en las que el TEDH ha emitido opinión respecto de la interpretación que del CEDH se desprende en la aplicación de este derecho.

<sup>367</sup> TEDH, *Caso Von Hannover contra Alemania* (2004, nº 59320/00).

<sup>368</sup> TEDH, *Caso Airey contra Irlanda* (1979, nº 6289/73) párr. 32; TEDH, *Caso X e Y contra Países bajos* (1985, nº 8978/80) párr. 23; TEDH, *Caso Von Hannover contra Alemania* (2004, nº 59320/00) párr. 57.

<sup>369</sup> TEDH, *Caso Ciliz contra Países Bajos* (2000, nº 29192/95).

<sup>370</sup> TEDH, *Caso Marchx contra Bélgica* (1979, nº 6833/74) párr. 45; TEDH, *Caso Bronda contra Italia* (1998, nº 40/1997/824/1030) párr. 51; TEDH, *Caso Scozzari y Giunta contra Italia* (2000, nº 39221/98 y nº 41963/98).

<sup>371</sup> Observación general Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño, de 2013, párr. 59. En esta observación el comité advierte que el término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según



incluso la relación entre una familia de acogida y un niño acogido, habida cuenta del tiempo compartido y la estrecha relación y el papel asumido por el adulto<sup>372</sup>, y, en ocasiones, no siempre, con independencia de la edad de la persona de que se trate. Ello se puso de relieve en el caso *Ezzouhdi c. Francia*, en el que ante las dudas planteadas en torno a si el Sr. Ezzouhdi, un adulto sin pareja y sin hijos, tenía o no una vida familiar merecedora de protección, una vida familiar con sus hermanos y su madre, el TEDH concluyó efectivamente, que tal vida familiar existía<sup>373</sup>. Estos criterios generales resultan de interés respecto de la protección que debería brindarse a los inmigrantes y su derecho a la vida privada y familiar. Dichos parámetros de protección debieran hacerse extensivos a la protección de los derechos aquí revisados.

El TEDH también ha precisado que los niños tienen necesidades específicas relacionadas en particular a su edad y falta de independencia, y se le debe asegurar asistencia humanitaria por lo que la medida de detención debe ser proporcional al fin perseguido y como último recurso<sup>374</sup>. Así, ha aseverado que la extrema vulnerabilidad del niño es el factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas al estatus de inmigrante ilegal. También se ha pronunciado en relación con la detención de menores de 18 años, sancionando a Grecia en el *Caso Mohamad v. Grecia*<sup>375</sup> por haber mantenido la detención de un menor de edad hasta alcanzar la mayoría de edad a fin de poder proceder a su expulsión en el momento de la adquisición de la mayoría de edad.

En *Mubilanzila Maveka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*<sup>376</sup> –caso que se refería a la detención de casi dos meses en un centro de tránsito para adultos administrado por la Oficina de Extranjería cerca del aeropuerto de Bruselas de una ciudadana congoleña de cinco años viajando sola para unirse a su madre que había obtenido el estatus de refugiada en Canadá– el TEDH sostuvo que no se habían tomado medidas para garantizar que recibiera el asesoramiento adecuado y asistencia educativa de una persona calificada que le asignaran especialmente. Agregó que, debido a su corta edad, el hecho de que se trataba de una extranjera ilegal en una tierra extranjera no acompañada por su familia le posicionaba en una situación extremadamente vulnerable. Así, el TEDH determinó que las medidas adoptadas por las autoridades belgas distaban mucho de ser adecuadas en vista de su obligación de velar por el interés superior del niño, así como de la variedad de posibilidades a su disposición.

En *Popov contra Francia*<sup>377</sup> el TEDH se refirió a la proporcionalidad de la medida de detención en casos donde estaban involucrados familias integradas por menores de edad. Este caso se refería a la detención administrativa de una pareja de solicitantes de asilo y sus dos niños por dos semanas en espera de su expulsión. Los demandantes argumentaron en particular que su detención no había sido una medida necesaria en relación con el objetivo perseguido y que las condiciones y la duración de su detención habían constituido una

---

establezca la costumbre local; Cfr. TEDH, *Caso Wagner y JMWL contra Luxemburgo* (2007, nº 76240/01); TEDH, *Caso Kurochkin contra Ucrania* (2010, nº 42276/08).

<sup>372</sup> TEDH, *Caso Moretti y Benedetti contra Italia* (2010, nº 16318/07) párr. 48-52.

<sup>373</sup> TEDH, *Caso Ezzouhdi contra Francia* (2001, nº 47160/99) párr. 34. En sentido contrario, Cfr. TEDH, *Caso Slivenko contra Letonia* (2003, nº 48321/99) párr. 97; sobre la vida familiar y relación entre hermanos, véase TEDH, *Caso Kwakye-Nti y Akua Dufie contra Países Bajos* (2000, nº 31519/96).

<sup>374</sup> TEDH, *Caso Popov contra Francia* (2012, nº 39472/07 y nº 39474/07).

<sup>375</sup> TEDH, *Caso Mohamad contra Grecia* (2014, nº 70586/11).

<sup>376</sup> TEDH, *Caso Mubilanzila Maveka y Kaniki Mitunga contra Bélgica* (2006, nº 13178/03).

<sup>377</sup> TEDH, *Caso Popov contra Francia* (2012, nº 39472/07 y nº 39474/07).

interferencia desproporcionada en su derecho a una vida privada y familiar. Aquí sostuvo que se había violado el derecho a la vida privada y familiar contenido en el CEDH. Aunque observó que la interferencia con la vida familiar de los solicitantes durante sus dos semanas de la detención en el centro se había realizado de conformidad con el Código Francés que rige la entrada y residencia de extranjeros y el derecho de asilo, y que además, la medida persiguió el legítimo objetivo de combatir la inmigración ilegal y prevenir el crimen, no obstante, tomando en cuenta que en el referido caso no había habido ningún riesgo particular de que los solicitantes se fugaran, su detención no había sido justificada por ninguna necesidad social apremiante y por lo tanto, era desproporcionada.

En *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica*<sup>378</sup> señaló que la obligación de velar por el interés superior del menor no se cumplía solo con asegurar la unión familiar durante la detención. El TEDH determinó que la extrema vulnerabilidad de un niño era una consideración primordial tenía prioridad sobre su estatus migratorio, indicando que, si bien era cierto que en el presente caso los cuatro hijos no habían sido separados de su madre, eso no era suficiente para eximir a las autoridades de su obligación de proteger a los niños ya que habían sido detenidos durante más de un mes en un centro cerrado que no había diseñado para albergar niños.

La Tabla N° 11 presenta de forma precisa los anteriores criterios jurisprudenciales.

**TABLA N° 11.**

**Criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar**

Objeto de protección	Disposiciones aplicadas	Criterios
Núcleo familiar durante la detención y/o expulsión	Artículo 8 CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La relación familiar se protege, tanto si es biológica como si es el resultado de una adopción, incluso la relación entre una familia de acogida y un niño acogido, y en ocasiones, con independencia de la edad de la persona de que se trate.</li> <li>• Los niños tienen necesidades específicas relacionadas en particular a su edad y falta de independencia, y se le debe asegurar asistencia humanitaria por lo que la medida de detención debe ser proporcional al fin perseguido y como último recurso (necesariedad de la medida).</li> </ul>
Interés superior del niño.	Artículo 8 CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La obligación de velar por el interés superior del menor no se cumple solo con asegurar la unión familiar durante la detención, sino que la detención ser ejecutada en</li> </ul>

<sup>378</sup> TEDH, *Caso Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica* (2010, n° 41442/07).

		lugares diseñados para albergar niños.
--	--	--

**c) Del derecho al debido proceso.**

Recordemos que, todo el procedimiento judicial -junto a su precedente investigación, e inclusive durante la detención- ha de ordenarse y regularse tomando en consideración el resguardo de la dignidad humana<sup>379</sup>. Ello cobra especial relevancia en lo que atañe al resguardo de la libertad personal y su restricción solo bajo el cumplimiento de las disposiciones de ley. En este orden de ideas, el debido proceso consiente la incorporación al proceso de aquellas pretensiones del derecho justo. Ello se desprende de lo que aparece reflejado en los artículos 5 y 6 del CEDH en cuanto al reconocimiento de este derecho.

Por ello, en relación con el resguardo del derecho a la libertad personal, la opinión del TEDH no se ha hecho esperar. En una revisión amplia de este derecho, el referido tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal es un derecho irrenunciable y relevante<sup>380</sup>. Adicionalmente, el artículo 5 del CEDH determina las implicaciones de otro elemento del derecho básico según el cual nadie puede ser privado de su libertad personal salvo los casos de ley y respetando para ello el debido proceso. Por ello, según la jurisprudencia del TEDH, el derecho a la libertad personal también ha sido vinculado con la protección derivada de detenciones arbitrarias<sup>381</sup>. Esta protección procede aun cuando los afectados de la medida ya están detenidos<sup>382</sup> y se extiende incluso a los menores de edad<sup>383</sup>. La aplicación de esta previsión no se limita a las acciones de un Estado desplegadas dentro de su territorio, sino también si actúa en el territorio de otro Estado sin su consentimiento<sup>384</sup>. Este tribunal también ha señalado que el listado de supuestos contemplado en el artículo 5 del CEDH debe interpretarse de manera restrictiva<sup>385</sup>. Sin embargo, también se debe entender que, la remisión que este precepto hace –a los ordenamientos internos–, alude a un amplio margen de apreciación por parte de los Estados<sup>386</sup>. El procedimiento debe ser justo y no arbitrario<sup>387</sup>. En este contexto, la detención conforme a derecho no solo remite al derecho nacional sino también a lo previsto en la convención<sup>388</sup>.

Respecto de la detención con fines de expulsión, el TEDH ha sostenido<sup>389</sup>, que la privación de libertad exige sustento en una clara base legal, en cuya ausencia la detención sería considerada arbitraria. Las autoridades turcas habían internado a dos demandantes –ambos de nacionalidad iraní– con el fin de expulsarlos a Irak, país del que provenían. Esto se ejecutó –según lo señaló el tribunal– en ausencia de una previsión legal clara que estableciera

<sup>379</sup> BRIESKORN (1993) p. 192.

<sup>380</sup> TEDH, *Caso Winterwerp contra Países Bajos* (1979, n° 6301/73) párr. 37.

<sup>381</sup> TEDH, *Caso Manzini contra Italia* (2001, n° 44955/98) párr. 16; TEDH, *Caso Engel contra Países Bajos* (1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) párr. 58.

<sup>382</sup> TEDH, *Caso Weeks contra Reino Unido* (1987, n° 9787/82) párr. 40.

<sup>383</sup> TEDH, *Caso Nielsen contra Dinamarca* (1988, n° 10929/84) párr. 58.

<sup>384</sup> TEDH, *Caso Ocalan contra Turquía* (2003, n° 46221/99) párr. 88 y ss.

<sup>385</sup> TEDH, *Caso Engel contra Países Bajos* (1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) párr. 69.

<sup>386</sup> TEDH, *Caso Lukanov contra Bulgaria* (1997, n° 21915/93) párr. 41.

<sup>387</sup> TEDH, *Caso Winterwerp contra Países Bajos* (1979, n° 6301/73) párr. 45; TEDH, *Caso Kimmache contra Francia* (1991, n° 12325/86 y n° 14992/89) párr. 34.

<sup>388</sup> TEDH, *Caso Baranowski contra Polonia* (2000, n° 28358/95) párr. 51.

<sup>389</sup> TEDH, *Caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía* (2010, n° 30471/08).

el procedimiento para ordenar y extender la detención con miras a la expulsión<sup>390</sup>, Otro asunto con resultados similares fue el caso *Shamsa contra Polonia*<sup>391</sup>, en el que el TEDH concluyó que la duración de la detención del demandante se había extendido más allá de lo que las leyes polacas permitían, sin que pudiera encontrarse una disposición legal precisa que permitiera la prórroga de su internamiento<sup>392</sup>. De tales pronunciamientos se desprende que, a fin de garantizar el debido proceso en la detención y evitar su arbitrariedad, resulta necesario que la medida se ajuste a una previsión legal clara, cuyo contenido defina cual es el procedimiento para ordenar y extender la detención, así como su prórroga.

Adicionalmente el TEDH ha precisado que se debe cumplir con el requisito de *previsibilidad*. En *Mathloom contra Grecia*<sup>393</sup> –caso de un ciudadano iraquí a quien se le mantuvo en detención por más de dos años y 3 meses mientras se tramitaba su expulsión, aunque una orden había ordenado su liberación– el TEDH constató que la legislación griega que regulaba la detención de personas cuya expulsión había sido ordenada por los tribunales no señalaba un período máximo y, por lo tanto, no cumplía con el requisito de previsibilidad en virtud del artículo 5.1 del CEDH. En el caso *Mikolenko c. Estonia*<sup>394</sup> el TEDH determinó que, Estonia mantuvo durante casi 4 años internado al Sr. Mikolenko con el fin de forzarle a solicitar a Rusia un nuevo pasaporte puesto que sin él la expulsión no podía tener lugar, concluyendo por ello que Estonia había violado el artículo 5.1.f del CEDH ya que bajo esa circunstancia el internamiento debía haber cesado hacía mucho tiempo<sup>395</sup>. De los anteriores casos se concluye que, a criterio del TEDH, resulta necesario que la ley defina con precisión el periodo máximo de detención, para que su duración se extienda solo durante un tiempo previsible.

Pero no solo es suficiente con que se respete la ley, puesto que el artículo 5.1 del CEDH requiere que cualquier medida de privación de libertad sea adoptada protegiendo al individuo de cualquier arbitrariedad<sup>396</sup>. En este sentido, el internamiento debe ser una medida excepcional –e incluso de último recurso– supeditada al respeto del principio de proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos perseguidos, una medida que debe ser adecuadamente motivada tras haber descartado las otras posibles alternativas<sup>397</sup>. En

<sup>390</sup> TEDH, Caso *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía* (2010, n° 30471/08) párr. 135.

<sup>391</sup> TEDH, Caso *Shamsa contra Polonia* (2003, n° 45355/99).

<sup>392</sup> Cfr. TEDH, Caso *Shamsa contra Polonia* (2003, n° 45355/99) párr. 53 y ss. Concretamente en el párr. 59, el TEDH señala que “...la détention que s’étend sur une période de plusieurs jours et qui n’a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ou par toute autre persona “habilitée (...) à exercer des fonctions judiciaires” ne saurait passer pour ‘régulière’ au sens de cette disposition. Si cette exigence n’est pas explicitement formulée à l’article 5.1, elle peu se déduire de l’article 5 pris dans sa globalité, en particulier du libellé du paragraphe 1 c) (...) et du paragraphe 3 (...)”.

<sup>393</sup> TEDH, Caso *Altun contra Turquía* (2004, n° 25119/11).

<sup>394</sup> Cfr. TEDH, Caso *Mikolenko contra Estonia* (2009, n° 10664/05) párr. 60.

<sup>395</sup> Algo similar en *Louled Massoud contra Malta*. Ante la falta de cooperación por parte del demandante y careciendo de los documentos de viaje necesarios para poder ser expulsado dado que Argelia no se lo proporcionó, según criterio del TEDH, el mantenimiento del internamiento durante 18 meses constituyó también una violación del artículo 5.1.f). Cfr. TEDH, Caso *Louled Massoud contra Malta* (2010, n° 24340/08) párrs. 63-74.

<sup>396</sup> Cfr. TEDH, Caso *Conka contra Belgica* (2002, n° 51564/99) párr. 39; TEDH, Caso *Chahal contra Reino Unido* (1996, n° 22414/93) párr. 118; TEDH, Caso *Saadi contra Reino Unido* (2008, n° 13229/03) párr. 67; en un mismo sentido, véase, TEDH, Caso *Ghorbanov y otros contra Turquía* (2013, n° 28127/09).

<sup>397</sup> BOLLO (2016) p. 2.

*Nolan y K. contra Rusia*<sup>398</sup>, el solicitante –un ciudadano estadounidense– se quejó de que desde el 2 de junio de 2002 –a su regreso de una breve ausencia en el extranjero– había estado encerrado en una celda de detención durante nueve horas en el Aeropuerto de Sheremetyevo en Moscú y, aunque tenía una visa rusa válida, no se le había permitido volver a entrar en Rusia. El TEDH determinó que las condiciones de la estancia de una noche del solicitante en Moscú en la sala de tránsito del aeropuerto habían sido equivalentes en la práctica a una privación de libertad, para la cual las autoridades rusas habían sido responsables dada la falta de accesibilidad y previsibilidad de las Directrices para el cruce de fronteras. Así, el TEDH llegó a la conclusión de que no se había protegido al solicitante de la privación arbitraria de libertad, en violación del artículo 5.1 del CEDH. En *Kim contra Rusia*<sup>399</sup>, caso en el que el recurrente permaneció detenido durante meses porque Uzbekistán no lo reconocía como súbdito de su nacionalidad, se acordó que la privación de libertad por una infracción administrativa es una sanción máxima, debiendo optarse por otras medidas preventivas de menor gravedad<sup>400</sup>.

La aplicación que el TEDH hace del artículo 5 de CEDH se traduce en que, el tiempo de duración de la detención sea el mínimo posible, que se respete la obligación de ser informado de los motivos de la detención, así como de disponer de un recurso efectivo para la revisión de la detención<sup>401</sup>. En particular, este tribunal ha señalado que las normas en materia de extradición y expulsión –rusas y turcas<sup>402</sup>– y las normas turcas en materia de extranjería son inadecuadas para garantizar el respeto del artículo 5 del CEDH.

Vinculado con el criterio anterior fue lo resuelto en *M. A. contra Chipre*<sup>403</sup>, caso en el que el TEDH se pronunció en cuanto a la duración de la detención mientras se revisa la medida. Este caso se refería a la detención de un kurdo sirio por las autoridades chipriotas y su intención de deportarlo a Siria después de una operación policial matutina que le detuvo a él y otros kurdos de Siria desde un campamento fuera de los edificios gubernamentales en Nicosia en protesta contra la política de asilo del gobierno chipriota. El TEDH acordó que las autoridades nacionales no habían efectuado dicha detención de conformidad con un procedimiento prescrito por la ley con fundamento en el tiempo que se mantuvo la detención mientras se revisaba su legalidad. Esto debido a que, aunque el único recurso en el derecho interno que habría permitido al solicitante haber examinado la legalidad de su detención fue solicitado, la duración media de tales procedimientos –ocho meses para el caso en concreto– sin duda fue demasiado largo para dar cumplimiento a la celeridad con la que el tribunal debe decidir sobre la legalidad de la detención según el artículo 5.4 de la CEDH.

Por su parte, –en *Auad contra Bulgaria*<sup>404</sup>– el tribunal determinó que se había producido una violación del Artículo 5.1 del CEDH porque los motivos por los cuales el solicitante había sido sujeto a detención administrativa –a saber, su expulsión pendiente– no habían permanecido vigentes durante todo el período de su detención. Ello debido a que las

<sup>398</sup> TEDH, *Caso Nolan y K. contra Rusia* (2009, nº 2512/04).

<sup>399</sup> *Vease, TEDH, Caso Kim contra Rusia* (2014, nº 44260/13).

<sup>400</sup> TEDH, *Caso Kim contra Rusia* (2014, nº 44260/13) párr. 55.

<sup>401</sup> BOZA (2015) p. 110.

<sup>402</sup> En el caso ruso *Cfr. TEDH, Caso Ismailov contra Rusia* (2014, nº 20110/13); TEDH, *Caso Akram Karimov contra Rusia* (2014, nº 62892/12); TEDH, *Caso Shcherbina contra Rusia* (2014, nº 41970/11).

<sup>403</sup> TEDH, *Caso M. A. contra Chipre* (2013, nº 41872/10); *cfr. TEDH, Caso Suso Musa contra Malta* (2013, nº 42337/12); TEDH, *Caso Kim contra Rusia* (2014, nº 44260/13).

<sup>404</sup> TEDH, *Caso Mathloom contra Grecia* (2012, nº 48883/07).

autoridades búlgaras no ejecutaron los procedimientos con debida diligencia. Los hechos del caso versaron sobre un apátrida de origen palestino que llegó a Bulgaria en mayo de 2009 y poco después solicitó asilo. Acusado de terrorismo, su expulsión al Líbano se ordenó en noviembre 2009 por motivos de seguridad nacional. Fue detenido hasta mayo de 2011, es decir, por el período máximo de 18 meses permitido en la legislación búlgara para los que están pendientes por deportación. Tras su liberación, el afectado de la medida permaneció obligado a informar diariamente a la estación de policía local. Así, el aporte de los anteriores pronunciamientos judiciales estriba en el deber de los funcionarios de actuar con diligencia y celeridad mientras se revisa la medida, máxime cuando ello incide negativamente en la duración de la detención y en su indebido retardo.

Respecto del derecho a un recurso efectivo también se ha pronunciado el TEDH en *A.C. contra España*<sup>405</sup>. En este caso, este tribunal acordó que España no garantizaba el derecho de los solicitantes de asilo a recurrir de forma efectiva respecto de su devolución al país de origen cuando la petición de protección internacional había sido denegada por la Administración. En este caso, 30 saharauis llegaron a Fuerteventura en patera en dos grupos en 2011 y 2012 y presentaron su solicitud de asilo en el Centro de Internamiento de Extranjeros de la isla, exponiendo que habían participado en los campamentos de protesta organizados por los saharauis en los años 2010 y 2011 y que, si eran devueltos a su lugar de origen serían víctimas de represalias por las fuerzas. Pero su recurso ante la Audiencia Nacional para no ser deportados fue rechazado. Recordemos que el derecho a un recurso judicial efectivo está destinado a proteger –en este caso al inmigrante– de manera segura frente a la violación de los derechos humanos reconocidos por los respectivos instrumentos internacionales. En este sentido, el resguardo del derecho a un recurso judicial efectivo produce una conexión entre el principio de audiencia y el del respeto de la persona que en un asunto que le concierne no tome otro la decisión sin darle ocasión de manifestarse”<sup>406</sup>. Por ello, aunque el TEDH no declara sobre el fondo del asunto –se trataba de una petición de asilo–, si resolvió que las actuaciones del Ministerio de Interior, así como de la Audiencia Nacional inadmitiendo a trámite la petición de asilo no habían garantizado el derecho a un recurso efectivo, denegando a los afectados la posibilidad de ser escuchados y de hacer alegaciones.

Asimismo, el TEDH también se ha pronunciado respecto del derecho a ser oído. Entendiendo que este derecho concede la oportunidad de ejercer la adecuada defensa y que la audiencia es el único modo material de asegurar que las partes sean oídas por el juez, el referido tribunal ha efectuado consideraciones de interés. Al respecto, en el caso *Frommelt contra Liechtenstein*<sup>407</sup>, el TEDH ha señalado que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia<sup>408</sup>. Posteriormente, en el caso *M.B. contra Polonia* el referido tribunal abundó sobre el tema precisando que este requisito es especialmente necesario cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido<sup>409</sup>.

<sup>405</sup> TEDH, *Caso A.C. y otros contra España* (2014, nº 6528/11).

<sup>406</sup> LARENZ (1985) pp. 188-189.

<sup>407</sup> TEDH, *Caso Frommelt contra Liechtenstein* (2004, nº 49158/99).

<sup>408</sup> TEDH, *Caso Frommelt contra Liechtenstein* (2004, nº 49158/99).

<sup>409</sup> TEDH, *Caso M.B. contra Polonia* (2004, nº 34091/96).

El TEDH en su interpretación de los artículos 6.1 y 13 del CEDH se ha pronunciado respecto de la asistencia jurídica gratuita, precisando que esta garantía procesal no implica un deber por parte del Estado de financiar la igualdad total de armas durante el proceso<sup>410</sup>. Además, esta obligación no debe cumplirse por parte del Estado de modo generalizado, sino que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación respecto de esta garantía en su derecho interno<sup>411</sup>.

La Tabla N° 12 recoge de forma sintetizada todos los criterios anteriormente referidos:

**TABLA N° 12.**  
**Criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el derecho al debido proceso**

Objeto de protección.	Disposiciones aplicadas	Criterios
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículos 5.1 y 5.f CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La privación de libertad exige sustento en una clara base legal, en cuya ausencia la detención sería considerada arbitraria.</li> <li>• Su contenido debe definir cuál es el procedimiento a seguir para ordenar y extender la detención, así como su prórroga, asegurando la previsibilidad.</li> <li>• El internamiento debe ser una medida excepcional, supeditada al respeto del principio de proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos perseguidos. Asimismo, debe ser adecuadamente motivada tras haber descartado las otras posibles alternativas</li> </ul>
Debido proceso (justicia): derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículos 5.3, 5.4, 6.1 y 13 CEDH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia.</li> <li>• El requisito de ser oído es especialmente necesario cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido.</li> <li>• La asistencia jurídica gratuita, no implica un deber por parte del Estado de financiar la igualdad total de armas durante el proceso.</li> <li>• La obligación de asistencia jurídica gratuita no debe cumplirse por parte del</li> </ul>

<sup>410</sup> TEDH, *Caso Steel y Morris contra Reino Unido* (2015, n° 68416/01) párr. 60-62.

<sup>411</sup> TEDH, *Caso Airey contra Irlanda* (1979, n° 6289/73).

		Estado de modo generalizado. Estos cuentan con un amplio margen de apreciación respecto de esta garantía en su derecho interno.
--	--	---

### 2.3.2. Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CorteIDH –a partir del análisis de las circunstancias en que ejercen sus derechos las personas migrantes– ha declarado la violación de diversos derechos de la CADH y otros tratados que conforman el SIDH tales como, como el derecho a la integridad personal, la libertad personal, el debido proceso, y la protección de la familia junto a los derechos de los niños y niñas. A continuación, se han analizado los siguientes casos: el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*<sup>412</sup>; el caso *Vélez Loor vs. Panamá*<sup>413</sup>; el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*<sup>414</sup>; el *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*<sup>415</sup>; el *Caso Tibi vs. Ecuador*<sup>416</sup>; el *caso Acosta Calderón vs. Ecuador*<sup>417</sup>.

Todos en su conjunto conforman la jurisprudencia regional emitida por la CorteIDH relativa a la vulneración de derechos cuyos hechos constitutivos están asociados al fenómeno migratorio. Ello sin perjuicio de la citación de otros casos, también dilucidados por la CorteIDH en otros ámbitos cuando tengan relevancia a la presente revisión. El desarrollo de esta sección ha seguido el esquema de revisión de derechos que constituyen el objeto de estudio de las presentes líneas para facilitar su lectura.

#### a) **Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

La CorteIDH no ha quedado al margen en lo que se refiere a la interpretación y demás connotaciones del derecho a la integridad personal. Así, con fundamento en los artículos 5 –integridad personal– y 1.1 –respeto de los derechos– ambos de la CADH, esta corte ha referido que la infracción de este derecho es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad<sup>418</sup>. Este tribunal ha precisado que los factores endógenos están referidos a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar; en tanto que, los factores exógenos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos,

<sup>412</sup> Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251).

<sup>413</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218).

<sup>414</sup> Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282).

<sup>415</sup> CorteIDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272).

<sup>416</sup> CorteIDH, *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C n° 114).

<sup>417</sup> CorteIDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005, serie C n° 129).

<sup>418</sup> CorteIDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006, serie C n° 149) párr. 127; En el mismo sentido: *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999, serie C n° 52) párr. 196; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012, serie C n° 252) párr. 147; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (2014, serie C n° 279) párr. 388.



entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal<sup>419</sup>. La referida corte también ha señalado que incluso la mera amenaza de que ocurra alguno de los actos prohibidos por el artículo 5 de la CCT –cuando sea suficientemente real e inminente– puede afectar el derecho a la integridad personal<sup>420</sup>.

La CorteIDH también se ha pronunciado respecto de las condiciones mínimas de los centros de detención. En este contexto, con fundamento en los términos del artículo 5.2 de la CADH, ha señalado que las condiciones generales de estos establecimientos destinados a la detención administrativa de inmigrantes deben ser compatibles con la dignidad personal; y, es deber del Estado que se garanticen tales condiciones<sup>421</sup>. Por ello, mantener a una persona detenida en estado de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal<sup>422</sup> cuya protección está recogida en el artículo 5 de la CADH. Además, en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá* la CorteIDH ha enfatizado la aplicación de lo preceptuado en las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*<sup>423</sup>, según las cuales se debe exigir de los reclusos el aseo personal. A tal efecto, la referida corte ha acordado que los detenidos deben disponer de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza, por lo que, los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas<sup>424</sup>. En *Vélez Loor vs. Panamá* la CorteIDH sostuvo que en los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal, cuyo personal debe estar debidamente cualificado<sup>425</sup>. En el fundamento de sus consideraciones, esta corte ha precisado que la infracción de los anteriores aspectos atenta contra lo recogido en los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH.

También ha señalado que las personas migrantes bajo detención administrativa debido a su estatus migratorio deben cumplir las medidas de seguridad en recintos separados de las personas condenadas o procesadas, con el objeto de que la detención no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes. Aunque este requisito se configura a su vez como parte de las

<sup>419</sup> CorteIDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. (2014, serie C n° 279) párr. 388.

<sup>420</sup> CorteIDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* (2012, serie C n° 259) párr. 191.

<sup>421</sup> CorteIDH: *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú* (1995, serie C n° 20) párr. 60; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999, serie C n° 52) párr. 195; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú* (2000, serie C n° 69) párr. 87; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú* (2000, serie C n° 50) párr. 78; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago* (2002, serie C n° 94) párr. 165; *Caso Bulacio vs. Argentina* (2003, serie C n° 100) párr. 126 y 138; *Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay* (2004, serie C No. 112) párr. 151; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (2005, serie C n° 133) párr. 95.

<sup>422</sup> CorteIDH, *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C n° 114) párr. 150; En el mismo sentido: *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala* (2005, serie C n° 126) párr. 118; Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (2005, serie C n° 133) párr. 95; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006, serie C n° 160) párr. 315.

<sup>423</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, disponible en: <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>>; fecha de consulta: 13 junio 2018.

<sup>424</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 215.

<sup>425</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 209.

garantías del debido proceso para asegurar que la detención no sea arbitraria, no es menos cierto que este aspecto adquiere relevancia en lo relativo al lugar de la detención y las condiciones mínimas que se exigen para evitar tratos inhumanos o crueles durante la detención administrativa. Así, en *Vélez Loor vs. Panamá* la CorteIDH sostuvo que la detención –además de obedecer a criterios de necesidad y proporcionalidad– debe ser desplegada en establecimientos específicamente destinados a tal fin y compatibles con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, mas no en prisiones comunes u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales cuya finalidad es la reforma y la readaptación social de los condenados<sup>426</sup>. Este deber de separación también adquiere otra dimensión cuando se trata de detención por motivos migratorios de niños y niñas no acompañados, los que deben ser separados de la población adulta a menos que estén acompañados por sus familiares, caso en el que deben permanecer junto a su núcleo familiar<sup>427</sup>. Junto a los pronunciamientos anteriores en *pro* de la defensa del derecho a la integridad personal, también se ha señalado que los detenidos deben tener acceso a la comunicación. En este sentido, la CorteIDH ha señalado que, con fundamento a lo contemplado en el artículo 5 de la CADH, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano<sup>428</sup>. Tales tratos pueden generar una situación de extremo sufrimiento para el detenido.

La CorteIDH también se ha referido a la necesidad de salvaguardar el derecho a la salud humana por su íntima vinculación con el derecho a la vida y a la integridad personal. Así, ha reiterado el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma<sup>429</sup> con base a las disposiciones de los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH. En este orden de ideas, la aludida corte ha acotado que la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, lo cual implica obligaciones para los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno y prácticas adecuadas para velar por el acceso igualitario a la atención de la salud respecto de personas privadas de libertad<sup>430</sup>. En este orden de ideas, la referida corte también ha citado el Principio 1 contenido en los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*<sup>431</sup>. Así, uno de sus criterios está dirigido al deber de atención médica durante la detención<sup>432</sup>.

<sup>426</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 208. En un mismo sentido para el caso de detención de niños y niñas, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 173, 178.

<sup>427</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 173, 178.

<sup>428</sup> CorteIDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988, serie C n° 4) párr. 156; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras* (1989, serie C n° 5) párr. 164; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras* (1989, serie C n° 6) párr. 149.

<sup>429</sup> CorteIDH, *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala* (2016, serie C n° 312) párr. 169.

<sup>430</sup> CorteIDH, *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala* (2016, serie C n° 312) párr. 177.

<sup>431</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, RES. 37/194, 1de 1982.

<sup>432</sup> CorteIDH: *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C n° 114) párr. 156; *Caso De la Cruz Flores vs. Perú* (2004, serie C n° 115) párr. 132.

Efectuando una interpretación del Artículo 5 de la CADH, la CorteIDH se ha referido al deber del Estado de permitir y facilitar a los detenidos la atención médica, quienes deben ser asistidos por un facultativo médico elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal<sup>433</sup>. Esto es así, ya que la atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los detenidos<sup>434</sup>. Esta atención médica debe ser brindada con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención, y junto con el tratamiento, ambos serán gratuitos<sup>435</sup>. En este sentido, este tribunal ha destacado la necesidad de que a los inmigrantes se les otorgue atención médica en casos de emergencia, sin discriminación por su condición migratoria. Así, en *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* la CorteIDH sostuvo que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables, garantizando que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos<sup>436</sup>.

Muy cónsono con lo anterior, respecto del deber de los Estados como garantes del resguardo de la integridad personal, a la luz de los artículos 4.1 y 5 de la de la CADH junto a los Artículo I y XXV de la DADH, la CorteIDH ha señalado que los Estados ocupan la posición especial de garante con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes debe de proveer, en tanto obligación positiva, las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y recibir un trato humano acorde con su dignidad personal<sup>437</sup>.

Este tribunal también se ha pronunciado respecto del principio de *no devolución*. En *Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, la CorteIDH resaltó que en el SIDH está "...reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre"<sup>438</sup>. Así, de constatar ese riesgo, el inmigrante en cuestión no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo. Tales pronunciamientos tuvieron su asidero en los preceptos contenidos en el artículo 22.8 de la CADH.

A continuación, en Tabla N° 13 se resumen todos los criterios anteriormente referidos, a fin de facilitar su lectura:

---

<sup>433</sup> CorteIDH: *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (2006, serie C n° 150) párr. 102; *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 220.

<sup>434</sup> CorteIDH: *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (2006, serie C n° 150) párr. 102; *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 220.

<sup>435</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 220.

<sup>436</sup> CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr. 108.

<sup>437</sup> Cfr. CorteIDH: *Caso Bulacio Vs. Argentina* (2003, serie C n° 100) párr. 126 y 138; *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2004, serie C No. 112) párr. 151; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006, serie C n° 149) párr. 138.

<sup>438</sup> Corte IDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272) párr. 135.

**TABLA N° 13.**  
**Criterios jurisprudenciales de la CorteIDH sobre el Derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes**

Objeto de protección	Disposiciones aplicadas	Criterios
Dignidad e integridad personal: Condiciones mínimas (habitabilidad y permanencia) de los Centros de internamiento.	Artículos 5, 1.1, 2, 5.2 CADH; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos; Artículos 12, 19 y 22 CADH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se trata de una violación cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad.</li> <li>• Estas violaciones se observan factores endógenos (características del trato) y factores exógenos (condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos).</li> <li>• Incluso la mera amenaza –si es suficientemente real e inminente– puede afectar el derecho a la integridad personal.</li> <li>• En los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal.</li> <li>• Las personas migrantes bajo detención administrativa deben cumplir las medidas de seguridad en recintos separados de las personas condenadas o procesadas.</li> </ul>
Derecho a la salud: Asistencia médica y necesaria atención del detenido.	Artículos 5.1 y 5.2 CADH, Principio 1, de los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Estado debe permitir y facilitar a los detenidos la atención médica, quienes deben ser asistidos por un facultativo médico elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.</li> <li>• Esta atención médica debe ser brindada con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención. Junto con el tratamiento, ambos serán gratuitos.</li> <li>• Debe brindarse en casos de emergencia, sin discriminación por su condición migratoria, incluyendo a migrantes en situación irregular.</li> </ul>
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículo 22.8 CADH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Debe aplicarse a cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.</li> </ul>

**b) Del derecho a la vida privada y familiar.**

En el ámbito internacional se ha desarrollado un amplio reconocimiento jurídico que denota la importancia de la familia en el mundo, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad. Y en este contexto la CorteIDH también ha emitido valiosos pronunciamientos respecto del resguardo de este derecho, junto con el derecho a la vida privada. Estos criterios también se observan en lo que atañe al ámbito migratorio. Así, en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, la CorteIDH sostuvo que en los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para la situación legal de la familia, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares, asegurando con ello que la misma no genere un mayor riesgo de afectación al bienestar personal y familiar de las personas migrantes<sup>439</sup>.

Respecto de la protección de los derechos de niños y niñas que estén involucrados en procesos migratorios, la CorteIDH se ha establecido como principio –en el ámbito de protección que los tratados internacionales brindan a este grupo etario– que el niño tiene derecho a vivir con su familia<sup>440</sup> con fundamento en los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la CADH. En este sentido, la consideración de circunstancias especiales relativas a estos grupos etarios en los procesos de detención y expulsión resulta relevante ya que tales procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y afectar el bienestar de los niños y niñas. La Corte ha entendido que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”<sup>441</sup>. En este sentido, en *Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* la CorteIDH resaltó a relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas, por lo que la protección del derecho a la familia y a vivir en ella, implica que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar<sup>442</sup>. En el referido caso, el tribunal recaló que el Estado tenía el deber de velar por el interés superior del niño, por el principio de *non refoulement*<sup>443</sup> y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión<sup>444</sup>.

La CorteIDH ha señalado que, en el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado<sup>445</sup>. En base a ello, el referido tribunal ha precisado que

<sup>439</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 209.

<sup>440</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002* (2002, serie A n° 17) párr. 71; CorteIDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012, serie C n° 242) párr. 46.

<sup>441</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 273.

<sup>442</sup> CorteIDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272) párr. 226.

<sup>443</sup> CorteIDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272) párr. 135.

<sup>444</sup> CorteIDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272) párr. 228.

<sup>445</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 70; En cuanto a la posible separación familiar por razones migratorias, la Corte recuerda que los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus

el alcance de la respuesta estatal a la luz del interés superior de la niña o del niño adquiere características particulares dependiendo de la situación concreta en la que se halle la niña o el niño –si se encuentra junto a sus progenitores o si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado de sus progenitores– teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y los niños no acompañados o separados<sup>446</sup>.

Respecto de la protección de los grupos más vulnerables en materia de detención y expulsión, la CorteIDH también ha emitido claros pronunciamientos. En *Forneron e hija Vs. Argentina*<sup>447</sup> ha precisado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, por lo que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia<sup>448</sup>. Estos criterios lo pronuncio efectuando una interpretación de los artículos 12, 19 y 22 de la CADH. Del mismo modo, en *Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, hizo énfasis en el deber de respetar el interés superior del niño, lo que se funda en “...la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>449</sup>. Así, en este caso el Estado debía haber resguardado el derecho de los niños a no separarse de su familia con ocasión de la expulsión y que se les escuchase, en virtud del derecho a ser oído que les asistía.

Así, respecto de la procedencia de la detención de los niños y niñas por motivos migratorios, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la CADH junto a los artículo I y XXV de la DADH, la CorteIDH ha señalado que los Estados deben priorizar las medidas tendientes al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral, por lo que, cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad *excepcional* de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio –no pudiendo optar por otra decisión menos lesiva que el internamiento en un centro donde se permita su convivencia con su grupo familiar– es posible que los Estados recurran a medidas tales como su alojamiento o albergue durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria<sup>450</sup>. Pero en el caso de un niño o niña no acompañado, la CorteIDH ha precisado que la privación de libertad resulta improcedente, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad<sup>451</sup>. En todo caso, el referido tribunal ha abundado sobre el tema señalando que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, toda vez que *pueden* y deben disponer de

---

propias políticas de inmigración, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros, pero en esta tarea debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia, véase CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 416.

<sup>446</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 156.

<sup>447</sup> CorteIDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012, serie C n° 242). En un mismo sentido, CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011, serie C n° 221) párr. 121; CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002* (2002, serie A n° 17) párr. 62.

<sup>448</sup> CorteIDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012, serie C n° 242) párr. 45.

<sup>449</sup> CorteIDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272) párr. 218.

<sup>450</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 173.

<sup>451</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 157.

alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño<sup>452</sup>.

Una visión detallada de los anteriores criterios puede ser observada en la Tabla N° 14:

**TABLA N° 14.**  
**Criterios jurisprudenciales de la CorteIDH sobre el derecho a la vida privada y familiar**

Objeto de protección	Disposiciones aplicadas	Criterios
Resguardo del núcleo familiar durante la detención y expulsión.	Artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8.1, 17, 19, 25.1 CADH; Artículos 1 y 25 DADH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para la situación legal de la familia, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares.</li> <li>• Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, toda vez que <i>pueden</i> y deben disponer de alternativas menos lesivas.</li> <li>• La detención y expulsión de miembros de un grupo familiar debe efectuarse bajo criterios de proporcionalidad y necesidad de la medida.</li> </ul>
Interés superior del niño.	Artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 CADH; artículos 1 y 25 DADH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.</li> <li>• En el caso de un niño o niña no acompañado, la privación de libertad resulta improcedente.</li> </ul>

**c) Del derecho al debido proceso.**

Empecemos esta sección refiriéndonos a la libertad personal y su valía en lo que a protección de derechos humanos se refiere. La libertad personal ha sido entendida como “the most fundamental and probably the oldest, the most hardily won and the most universally recognized of humans rights<sup>453</sup>. En este sentido, la CorteIDH ha desarrollado los requisitos

<sup>452</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 160. En el mismo sentido: CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 360.

<sup>453</sup> BINGHAM (2003) p. 842

que se deben satisfacer para que la restricción del derecho a la libertad personal mediante la detención sea legítima, refiriéndose con esto a las garantías del debido proceso. En esta sección se tratan los aspectos generales relativos al concepto y alcance que la CorteIDH ha dado al concepto de garantías judiciales y como su jurisprudencia ha ido precisando la extensión de estas garantías no solo al ámbito judicial, sino en cualquier procedimiento donde se decidan derechos de las personas como ocurre con la detención administrativa de inmigrantes con fines de expulsión. Asimismo, en esta sección se ha incluido el derecho de acceso a la justicia por sus vinculaciones con el debido proceso.

En este orden de ideas, el tribunal ha acotado que cualquier autoridad –sea administrativa, legislativa o judicial– cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, debe adoptar tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal<sup>454</sup>. Ello con fundamento a lo contemplado en los artículos 7.5 y 8.1 de la CADH. En *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, este tribunal ha precisado que, “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] 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. Es decir que, refiriéndose al elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...)”<sup>455</sup>.

En cuanto al procedimiento administrativo propiamente tal, la referida corte también se ha pronunciado, indicando que “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”<sup>456</sup>. La CorteIDH se ha referido al debido proceso legal, indicando que este abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial<sup>457</sup>. En el caso *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, la referida corte se extendió agregando que, según lo recogido por el artículo 8 de la CADH, el debido proceso legal consiste *inter alia* en el derecho de toda persona 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 en su contra<sup>458</sup>.

En relación con el resguardo del derecho al debido proceso durante la detención –en *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*– la CorteIDH sostuvo que este derecho debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio, pues el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna<sup>459</sup>. El objetivo perseguido con el

<sup>454</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 108.

<sup>455</sup> CorteIDH, *Caso Baena Ricardo contra Panamá* (2001, serie C n° 72) párr. 124 y 125.

<sup>456</sup> CorteIDH, *Caso Baena Ricardo contra Panamá* (2001, serie C n° 72) párr. 127.

<sup>457</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-9/87* (1987, serie A n° 9) párr. 28.

<sup>458</sup> CorteIDH, *Caso Yvon Neptune vs. Haití* (2008, serie C N° 180) párr. 79.

<sup>459</sup> *Cfr.* CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 122; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, Serie C n° 251) párr. 159; CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs.*



resguardo del derecho al debido proceso es asegurar que los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables<sup>460</sup>. En este caso, la CorteIDH señaló que la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió a las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías<sup>461</sup>.

Ya la CorteIDH había precisado que nadie puede ser sometido a detención por causas y métodos que –aunque estén 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<sup>462</sup>. En este sentido, cualquier restricción o privación de la libertad – así sea por un período breve, inclusive aquellas con meros fines de identificación– debe respetar el principio de legalidad y, por consiguiente, ajustarse a las causas y a los procedimientos establecidos de antemano en la legislación interna<sup>463</sup> y siempre con la finalidad de ejecutar un procedimiento migratorio formal<sup>464</sup>.

La CorteIDH ha señalado la necesidad de que se controle la *legalidad de la detención* por una autoridad judicial competente, así como los méritos de esta con el fin de evitar la *arbitrariedad en la detención*. Respecto de la *legalidad de la detención*, en *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* la CorteIDH afirmó que los Estados tienen la obligación de garantizar ciertos estándares mínimos que deben cumplirse en los centros de detención policial, precisando la necesidad de contar con un registro de detenidos que contenga la información relativa a los extranjeros que han de ser deportados, controlando de esta forma la legalidad de las detenciones<sup>465</sup>. Respecto del concepto de *arbitrariedad*, el tribunal había precisado que no se debe equiparar este concepto con el de *contrario a ley*, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad<sup>466</sup>. En *Vélez Loor vs. Panamá, en base a los artículos 7.2 y 7.3 de la CADH*, el tribunal precisó que aun cuando la detención se produzca por razones de *seguridad y orden público*, son arbitrarias las decisiones que puedan afectar derechos humanos como el de la libertad personal, si no se encuentran debidamente fundamentadas en cuanto a la procedencia y necesidad de dicha medida, por lo que, un mero listado de todas las normas que podrían ser

---

*Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 143; CorteIDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001, serie C n° 74) párr. 103.

<sup>460</sup> Cfr. CorteIDH: Opinión Consultiva OC-16/99 (1999, serie A n° 16) párr. 117 y 119; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr. 159; CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 113.

<sup>461</sup> CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, Serie C n° 251) párr. 237.

<sup>462</sup> CorteIDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam* (1994, serie C n° 16) párr. 47; CorteIDH, *Caso Lysias Fleury* (2011, serie C n° 236) p. 57.

<sup>463</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 191. En el párr. 153 de esta Opinión Consultiva la Corte IDH señaló la necesidad de evaluar que: “(i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; (ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; (iii) que sean necesarias, y (iv) 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”.

<sup>464</sup> CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 368.

<sup>465</sup> CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr. 131.

<sup>466</sup> CorteIDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007, serie C n° 170) párr. 92; CorteIDH, *Caso Lysias Fleury* (2011, serie C n° 236) párr. 58.

aplicables no satisface este requisito de motivación suficiente<sup>467</sup>. En relación con el resguardo del debido proceso, la CorteIDH –en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*– ha señalado que una detención tiene un fin ilegítimo y por ende es arbitraria cuando no es ejecutada con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos, o de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión<sup>468</sup>.

Según el criterio de la CorteIDH, la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación, pero se puede incurrir en detenciones innecesarias con la penalización de la entrada irregular en un país, lo que supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular<sup>469</sup>. Así, los Estados están obligados a contar con un catálogo de medidas alternativas y no adoptar políticas migratorias cuyo eje principal sea la detención administrativa obligatoria de inmigrantes irregulares<sup>470</sup>. Además, la legislación migratoria interna debe precisar un plazo de duración de la detención, que nunca puede ser indefinido ni con una duración excesiva que le convierta en una medida de carácter punitivo<sup>471</sup>.

Otro requisito desarrollado por la CorteIDH y necesario para que la restricción al derecho de la libertad personal sea legítima es la obligación de informar a la persona migrante los motivos de su privación de libertad. Este tribunal ha acotado este asunto indicando que cuando la detención se produce debe informarse al detenido de los motivos y razones de la detención, lo que implica hacerlo en forma oral o escrita sobre las razones de la detención junto a la notificación, por escrito de los cargos<sup>472</sup>. Este criterio también fue reiterado en el caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*<sup>473</sup>. En este sentido, el idioma que se utiliza para informar al detenido debe ser uno que este comprenda –en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor, el detenido deberá ser asistido por un traductor o intérprete– y, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad mediante el cual se le suministre toda la información necesaria en relación con sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer<sup>474</sup>. Por su parte, el CRC ha señalado que “Recae así sobre los Estados parte la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta”<sup>475</sup>. Los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso migratorio donde estén

<sup>467</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 116 y 118.

<sup>468</sup> CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr. 134.

<sup>469</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 169.

<sup>470</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 171; CorteIDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013, serie C n° 272) párr. 131.

<sup>471</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 117- 171; CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 359.

<sup>472</sup> CorteIDH: *Caso Lysias Fleury* (2011, serie C n° 236) párr. 60; CorteIDH, *Caso J. Vs. Perú* (2013, serie C n° 275) párr. 149.

<sup>473</sup> CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 370.

<sup>474</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 197.

<sup>475</sup> Observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño CRC/C/GC/12, de 2009, párr. 15.

involucrados. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente<sup>476</sup>.

La CorteIDH también se ha referido a la obligación de poner a la persona privada de libertad migrante a disposición de autoridad judicial competente, como un requisito del debido proceso en la detención. Así, ha precisado que esta exigencia de *ser llevado sin demora ante un juez* u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales implica que el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe 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<sup>477</sup>. Esta comparecencia debe efectuarse conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal<sup>478</sup>, sin demora, ante un funcionario autorizado por la ley que cumpla con las características de imparcialidad e independencia<sup>479</sup>— quien debe estar facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria— 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<sup>480</sup>.

Otro requisito del debido proceso desarrollado por la CorteIDH es el relativo al deber de revisión de la medida de detención y el de otorgar recursos efectivos para que la persona migrante pueda impugnar su privación de libertad. Al respecto, se ha indicado que a fin de constituir un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias— la revisión judicial debe realizarse por parte de un juez o tribunal. Ello garantiza un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales—, sin demora, permitiendo el acceso a recursos que no solo existan formalmente en la legislación, sino que sean probadamente efectivos para cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención. De esta forma se garantiza el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido<sup>481</sup>. En el caso de procedimientos migratorios en los que estén involucrados niños y niñas, el tribunal ha precisado que esta instancia de revisión debe tener un carácter prioritario y permitir identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior. En estos casos es necesario que estos recursos judiciales tengan efectos suspensivos hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre<sup>482</sup>.

En cuanto al derecho de acceso a la justicia, la CorteIDH se ha pronunciado, destacando la necesidad de que las personas migrantes tengan acceso —sin discriminación— a los medios y recursos que les permitan amparar sus derechos, independientemente de su situación migratoria<sup>483</sup>. Cuando las personas acuden a las instancias administrativas o judiciales con el riesgo de ser deportadas, expulsadas o privada de su libertad, o ante la

<sup>476</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 122.

<sup>477</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Llor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 109; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr. 139.

<sup>478</sup> CorteIDH, *Caso Bayarri vs. Argentina* (2008, serie C n° 187) párr. 67.

<sup>479</sup> Requisitos que también se aplican a las decisiones de órganos administrativos, véase CorteIDH: *Caso Vélez Llor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 108; CorteIDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001, serie C n° 71) párr. 71.

<sup>480</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 198; CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 372, 374.

<sup>481</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Llor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 107, 126, 129.

<sup>482</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 141, 142, 206.

<sup>483</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 107.

negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor –lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio– se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial, por tanto, es deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real<sup>484</sup>. En *Vélez Loor vs. Panamá* se precisó que para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada con motivo de la detención– es fundamental que al detenido le sea notificado su derecho a la asistencia consular y a la asistencia letrada. Su ausencia tornaría en inefectiva la posibilidad de acceder y ejercer a los recursos, implicando un menoscabo en su derecho de acceder a la justicia<sup>485</sup>. La CorteIDH ha señalado que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”<sup>486</sup>.

Respecto de la asistencia letrada, la jurisprudencia emitida por la CorteIDH es bastante prolífica. Así, en *Vélez Loor vs. Panamá* precisó que este derecho surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos. Esta defensa debe ser un servicio público gratuito 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, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos<sup>487</sup>. Este servicio de asistencia letrada debe ser especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad<sup>488</sup>. Y respecto de la asistencia consular en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo, se ha indicado que el derecho a esta asistencia debe ser notificada al detenido. Esta podrá incluir 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 que guarda el procesado mientras se halla detenido<sup>489</sup>.

La CorteIDH consagró el derecho a la información sobre la asistencia consular como derecho individual de la persona extranjera detenida<sup>490</sup>. Haciendo referencia a lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la CorteIDH señaló que se trata de “un derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano”<sup>491</sup>. Este principio fue reiterado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand* en 2001<sup>492</sup>. En el *Caso Tibi vs. Ecuador* la CorteIDH sostuvo que al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, el detenido debe ser notificado de su derecho a establecer contacto con una tercera persona, por

<sup>484</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A n° 18) párr. 126.

<sup>485</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 254.

<sup>486</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 146.

<sup>487</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 132, 146; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr. 164.

<sup>488</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 131.

<sup>489</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A n° 16) párr. 86, 120.

<sup>490</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A n° 16).

<sup>491</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A n° 16) párr. 84 y 124.

<sup>492</sup> Corte Internacional de Justicia, *Caso LaGrand* (2001) párr. 77.

ejemplo, un familiar, un abogado o *un funcionario consular*, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado<sup>493</sup>. En *Caso Vélez Loor vs. Panamá* la corte abundó sobre el tema, precisando que este derecho contempla: a) el derecho a ser notificado del derecho a la asistencia consular, b) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y c) el derecho a la asistencia misma; con el objetivo de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas<sup>494</sup>.

La CorteIDH ha señalado que, en los casos de expulsión, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas<sup>495</sup>. En el *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* se precisaron las garantías mínimas con las que debe contar el inmigrante sometido a un procedimiento de expulsión: 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<sup>496</sup>.

Una visión detallada de los anteriores criterios puede ser observada en la Tabla N° 15:

**TABLA N° 15.**

**Criterios jurisprudenciales de la CorteIDH sobre el derecho al debido proceso**

Objeto de protección		Disposiciones aplicadas	Criterios
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.		Artículos 7.2 y 7.3 CADH.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales.</li> <li>• Nadie puede ser sometido a detención por causas y métodos irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.</li> <li>• No se debe equiparar <i>arbitrariedad</i> con el de <i>contrario a</i></li> </ul>

<sup>493</sup> CorteIDH, *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C n° 114) párr. 112; CorteIDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005, serie C n° 129) párr. 125.

<sup>494</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 152, 153; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (2012, serie C n° 251) párr.165.

<sup>495</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 112.

<sup>496</sup> CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 356.

			<p><i>ley</i>, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La detención es arbitraria cuando no es ejecutada con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos, o de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su expulsión.</li> </ul>
<p>Debido proceso (justicia): derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.</p>		<p>Artículos 7 y 8 CADH.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo.</li> <li>• La revisión judicial debe realizarse por parte de un juez o tribunal, garantizando con ello un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales.</li> <li>• En el caso de procedimientos migratorios en los que estén involucrados niños y niñas, la instancia de revisión debe tener un carácter prioritario, siendo necesario que estos recursos judiciales tengan efectos suspensivos.</li> <li>• En procedimientos administrativos o judiciales, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho al debido proceso.</li> <li>• El derecho a la asistencia letrada surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos. Debe ser un servicio público gratuito ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica.</li> </ul>

			<ul style="list-style-type: none"><li>• El derecho a la asistencia consular debe ser notificado al detenido y podrá incluir 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 que guarda el procesado mientras se halla detenido.</li></ul>
--	--	--	---

## **PARTE PRIMERA. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES FRENTE A LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA EXPULSIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.**

### **CAPITULO I. MARCO NORMATIVO.**

Sumario:

1. Los Tratados de las Comunidades Europeas y la conformación de la Unión Europea.
  - 1.1. El Acta Única Europea de 1986.
  - 1.2. El Tratado de la Unión Europea de 1992.
  - 1.3. El Tratado de Ámsterdam de 1997.
  - 1.4. El Tratado de Niza de 2001 y el Tratado de Lisboa de 2007.
  
2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
  - 2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 2.3. Del derecho al debido proceso.
  
3. Disposiciones de las directivas de la Unión Europea.
  - 3.1. Generalidades sobre detención administrativa y expulsión de inmigrantes.
    - 3.1.1. La función armonizadora de las directivas europeas.
    - 3.1.2. La detención administrativa de inmigrantes.
    - 3.1.3. La expulsión y el derecho de no devolución.
    - 3.1.4. La promoción del retorno voluntario.
    - 3.1.5. La detención administrativa y expulsión frente al derecho penal: un delgado vínculo.
    - 3.1.6. Aspectos controvertidos de las directivas europeas.
  - 3.2. Relativas a la protección de los derechos de los inmigrantes.
    - 3.2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
    - 3.2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
    - 3.2.3. Del derecho al debido proceso.

### **1. Los Tratados de las Comunidades Europeas y la conformación de la Unión Europea.**

La obligación de garantizar ciertos derechos humanos especialmente vulnerados en la detención y expulsión de inmigrantes, tal y como está actualmente concebida dentro de los instrumentos internacionales que conforman el sistema jurídico de la UE, no es de data reciente. Es el resultado de una evolución histórica vinculada a la conformación de las comunidades europeas y a una serie de tratados constitutivos que modelaron lo que actualmente existe en este ámbito del derecho internacional.

Luego, en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos en estos tratados, la opinión de la doctrina es dispar. Para algunos autores<sup>497</sup> los derechos humanos siempre

---

<sup>497</sup> MANGAS (2008) p. 32. Para más información sobre este tema véase, PESCATORE (1968).



estuvieron de alguna forma reconocidos en los tratados iniciales de las comunidades europeas, en tanto que hay quienes afirman que fue a partir de la década de los setenta cuando tímidamente se empezó a plantear la cuestión de los derechos humanos<sup>498</sup>. Quizás debido al entorno histórico<sup>499</sup> en el que se sitúa la fundación de las comunidades europeas<sup>500</sup>, lo cierto es que en la década de los cincuenta los intereses que motivaron la fundación de estas comunidades eran principalmente económicos, por lo que los tratados originales de las Comunidades Europeas no contenían ninguna mención que implicase un compromiso formal en cuanto al respeto de los derechos humanos. Sin embargo, ello no implicaba que estos fuesen ignorados, ya que por más de 40 años el estatus de los derechos humanos fue reconocido como principios generales del derecho<sup>501</sup>.

Por su parte, el desarrollo de una jurisprudencia inicial por parte del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –actualmente, TJUE– de aquellos asuntos vinculados a presuntas violaciones de los derechos humanos<sup>502</sup> tuvo una incidencia importante en este asunto. Inicialmente, el referido Tribunal se abstuvo de conocer de estos casos alegando la incompetencia por tratarse de asuntos constitucionales fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario. Pero, posteriormente su jurisprudencia<sup>503</sup> empieza a denotar un marcado cambio de criterio en cuanto al reconocimiento de estos derechos. Así, se dio inicio a una nueva etapa que reflejó un nuevo enfoque hacia la protección de los individuos con la inclusión de los derechos fundamentales contenidos en los llamados principios generales del Derecho europeo, ante la necesidad de fortalecer la unidad y primacía del derecho comunitario<sup>504</sup>. Como lo ha señalado Mancini, el rol desempeñado por el TJUE se destaca por permitir la lectura de una Declaración de Derechos no escrita en el derecho comunitario, siendo la contribución más llamativa al desarrollo de una Constitución para Europa<sup>505</sup>. En este orden de ideas, un aporte interesante el respecto lo constituyó el criterio establecido por el TJUE en su sentencia del caso *Van Gend & Loos*, de 5 de Febrero de 1963 que refirió lo siguiente: “Ha de llegarse a la conclusión de que la comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea

---

<sup>498</sup> Sin avances desde el punto de vista legislativo, pero si con un notable impulso jurisprudencial, este tema se asoma tímidamente desde esta década, véase SOLA (2000) p. 9.

<sup>499</sup> Para más información sobre este tema véase PI LLORENS (1999) pp. 19-22; CHUECA (2002) p. 314 y ss.

<sup>500</sup> La fundación de la (extinta) Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) tuvo lugar en el año 1951, y la de las otras dos Comunidades Europeas, la antigua CEE y la comunidad Europea de la Energía Atómica, en el año 1957.

<sup>501</sup> Tratado de la Unión Europea de 2007, artículo 6.3: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

<sup>502</sup> En esta etapa véase, TJCE, *Caso Stork* (1959, C-1/58); TJCE, *Caso Nold* (1959, C-18-57).

<sup>503</sup> Véase TJCE, *Caso Nold* (1959, C-4/73); TJCE, *Caso Stauder* (1969, C-29/69); TJCE, *Caso Internationale Handelsgesellschaft* (1970, C-11/70); TJCE, *Caso Hauer* (1979, C-44/79); TJCE, *Caso National Panasonic* (1980, C-136/79).

<sup>504</sup> MANGAS y LIÑÁN (2002) p. 33.

<sup>505</sup> MANCINI (1989) p. 595.

obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico<sup>506</sup>.

Sin embargo, una revisión más detallada de los diferentes tratados constitutivos de las Comunidades Europeas nos permitirá verificar los avances de la UE en relación con el reconocimiento de los derechos humanos.

### **1.1. El Acta Única Europea de 1986.**

Un aporte interesante en relación con los primeros pronunciamientos sobre derechos fundamentales fue el Acta Única Europea de 1986<sup>507</sup> (en lo sucesivo, AUE), en cuyo Preámbulo se avistó el interés de los Estados de promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros en el CEDH. No obstante, tal interés, el AUE no hace mención expresa a la protección de los derechos humanos en el ámbito migratorio, aunque desde los inicios de la conformación de las comunidades europeas la configuración del ELSJ, asentaría las bases para la posterior mención de estos derechos. Así, –de forma implícita– el AUE empieza a dar los primeros pasos en la inclusión de los asuntos migratorios al facilitar la consecución de un verdadero mercado interior y único, redefiniendo a este último como un espacio sin fronteras internas en el que serían garantizadas la libre circulación entre otros aspectos, de las personas.

Sin embargo, el marco concreto de actuación sobre inmigración de terceros países que dibuja el AUE es de mínimos y en cierta medida contradictorio ya que, por una parte, algunas disposiciones evidencian el decisivo propósito de remover cualquier tipo de obstáculos –tales como el artículo 8.A que establece que la Comunidad adoptará las medidas que conduzcan al establecimiento del mercado interior– avalando la idea de que estuviésemos ante el comienzo de una política de inmigración. Sin embargo, a este precepto hay que añadir como elemento interpretativo las referidas declaraciones anexas al AUE, en las que los Estados miembros matizan sus posiciones formulando reservas expresas de soberanía en materia de competencia y fijación del nivel de compromiso de cooperar<sup>508</sup>.

Se podría afirmar, que el AUE, marca una actitud restrictiva hacia la libre circulación de personas no comunitarias, aun siendo residentes legales y en consecuencia, con la abolición de las fronteras físicas, técnicas y fiscales, el control del territorio se desplaza hacia los límites externos del espacio físico y económico de ese mercado interior, regulando restrictivamente el acceso y el establecimiento de extranjeros de terceros países para garantizar la normalización interna del mercado de trabajo en crisis, garantizar la situación económica interna y preservar los estadios de convivencia y seguridad europeas<sup>509</sup>.

### **1.2. El Tratado de la Unión Europea de 1992.**

En el ámbito comunitario es preciso señalar que –para el momento en el que se adopta el Tratado de la UE de 1992– la construcción comunitaria de los derechos fundamentales era dogmáticamente deficiente. Se observa la inexistencia de una norma superior de garantía, y

<sup>506</sup> TJUE, *Caso Van Gend & Loos* (1963, C-26/62).

<sup>507</sup> Este instrumento fue firmado en Luxemburgo por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, supone la primera modificación de gran alcance del Tratado constitutivo de la CEE. Entró en vigor el 1 de julio de 1987, en cuyo preámbulo se proclama por primera vez dentro del Derecho originario, la garantía de los derechos fundamentales. En más detalle véase, BONET (1988).

<sup>508</sup> ESPADA (1994) p. 76.

<sup>509</sup> ESPADA (1994) p. 80.

sólo indirectamente, los tratados constitutivos cumplen esa función, pues al haber nacido con otro objetivo, no presentan en su contenido un catálogo de derechos fundamentales<sup>510</sup>. En cambio, estos tratados regulan meros derechos subjetivos en ámbitos muy concretos.

Sin embargo, tras la adopción del Tratado de la Unión Europea de 1992 (en lo sucesivo, Tratado de Maastricht), se observa la primera referencia legislativa expresa al reconocimiento de los derechos humanos como contenido integrante del derecho comunitario<sup>511</sup>. Este reconocimiento tuvo sus orígenes en la jurisprudencia emitida por el TJUE en el caso *Nold* y atendiendo a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Según lo explica Fernández, la comunidad europea ha de ser entendida como una comunidad de derecho y sus raíces deben estar íntimamente conectadas con los valores de dignidad, igualdad, no discriminación, democracia y libertad, enunciados finalmente por el derecho comunitario desde el Tratado de Maastricht. Por ello, estos aspectos sirven como punto de partida a cualquier construcción que busque una mayor concreción, a fin de determinar cuáles son los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento europeo<sup>512</sup>.

El Tratado de Maastricht recoge expresamente las cuestiones de inmigración y asilo englobadas separadamente en el capítulo VI, que contiene las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos internos. Reconoce la libre circulación como libertad fundamental comunitaria referida a los *ciudadanos comunitarios*, en tanto que los *extranjeros*, en sentido estricto, quedan limitados al goce de lo que sea la Europa social, al contenido de los artículos 48 a 51 por lo que respecta a la seguridad social, situación que resulta sumamente restrictiva incluso para los residentes legales de Estados terceros, quienes ven fuertemente obstaculizada su integración y protección en la Comunidad y cuya situación frecuentemente aparece conectada con las cuestiones de policía y seguridad<sup>513</sup>.

Con el Tratado de Maastricht se introdujo el denominado tercer *pilar* de la UE, suponiendo una primera toma de conciencia de la necesidad de actuar en conjunto y de forma armónica en las políticas de asilo, las normas que rigen los controles de fronteras exteriores, las políticas migratorias y la posición jurídica de los nacionales de terceros Estados en el territorio de la UE<sup>514</sup>, suponiendo una fase intermedia en el proceso de construcción de la política migratoria de la UE. Este tratado incorporó la competencia en asuntos migratorios a través de la inclusión del primer pilar, reconoció el derecho a petición y a recurrir al defensor del pueblo a los extranjeros no comunitarios residentes en la comunidad y otorgó competencia al CdE para que determinara cuales serían los Terceros Estados cuyos nacionales tendrían que solicitar visa para atravesar las fronteras exteriores. Además, en el Tercer pilar se exigía de los Estados miembros el deber de cooperación en los asuntos de

---

<sup>510</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 141.

<sup>511</sup> Vease apartado segundo del artículo F, Tratado de la Unión Europea de 1992: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

<sup>512</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 141.

<sup>513</sup> ESPADA (1994) p. 88.

<sup>514</sup> BLÁZQUEZ RO (1999) p. 58.

salidas y entradas de los extranjeros comunitarios, lo que se tradujo en la dificultad para delimitar las competencias entre pilares<sup>515</sup>.

### 1.3. El Tratado de Ámsterdam de 1997.

Por su parte, tras el Tratado de Ámsterdam de 1997<sup>516</sup> se observa otro avance significativo en el reconocimiento de los derechos humanos por parte de la Comunidad Europea. Ello al reforzar el lugar que estos ocupan en el derecho originario y al conferir competencia al TJUE para conocer de los casos de violaciones de estos derechos. Además, este tratado señala que el respeto de los derechos humanos es uno de los principios comunes entre el derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros.

Mediante ciertas inclusiones en su Preámbulo, el Tratado de Ámsterdam de 1997 proclamó que la UE se basaba en los principios comunes de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos garantizados en el CEDH y en las constituciones nacionales en calidad de derechos humanos, pero con una remisión limitada a al CEDH<sup>517</sup>. Adicionalmente, este tratado expresamente exige el respeto a los derechos fundamentales y principios democráticos por parte de los Estados miembros, contemplando la posibilidad de sanciones en caso de violación grave de estos derechos<sup>518</sup>.

Sin embargo, hemos de aclarar que las anteriores consideraciones no implican que con la entrada en vigor de este tratado se comenzara a observar por parte de la UE una protección de tales principios, ni que ello fuese el punto de partida para exigir a los Estados miembros su cumplimiento. La adopción del Tratado de Ámsterdam se tradujo en una clarificación y codificación de lo que ya existía jurisprudencialmente, sin añadir nada a la protección de los derechos fundamentales<sup>519</sup>. Además, este tratado incluyó una nueva cláusula denominada *Clausula del Este*, cuyas disposiciones permitían adoptar medidas de suspensión de derechos contra cualquier Estado miembro que violase gravemente los derechos humanos<sup>520</sup>. Estas decisiones incluían la suspensión del derecho al voto, pero también permitían al CdE la adopción de otras decisiones para suspender otros derechos mediante dictamen conforme<sup>521</sup>. Aunque las posibilidades coercitivas que esta cláusula confería al CdE –a fin de permitir su aplicación en caso de ocurrir este tipo de violaciones graves a los derechos humanos– implicaban un avance positivo en materia de protección de los derechos fundamentales, su aplicación quedó dificultosa debido a la alta carga política de este tipo de decisiones<sup>522</sup>. El Tratado de Ámsterdam debe ser considerado simplemente como otra etapa en la consolidación de los derechos fundamentales en el seno de la UE, siendo solo una revisión

<sup>515</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2003) p. 85. Sobre la política migratoria de la UE véase, MUÑOZ (2008).

<sup>516</sup> Este Tratado establece el principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades como una de las directrices básicas de la política de la UE. El Consejo de la Unión Europea se compromete a adoptar todo tipo de medidas contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. También se refuerza el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres.

<sup>517</sup> FERNÁNDEZ (2000) pp. 12-13.

<sup>518</sup> Véase Tratado de Ámsterdam de 1997, artículos 7 y 49.

<sup>519</sup> SANZ (1998) p.72.

<sup>520</sup> Esta cláusula también se va a imponer en los acuerdos de asociación y hacia los propios integrantes de la UE.

<sup>521</sup> SANZ (1998) p. 61.

<sup>522</sup> FERNÁNDEZ (2000) p. 13.

de mínimos<sup>523</sup>, por lo que la protección de los derechos fundamentales seguiría entonces dependiendo de la labor proteccionista del TJUE a través de sus fallos, dado los pocos avances en esta materia.

Pero estos avances solo se sucedieron en *pro* de la protección de los derechos fundamentales, porque la inclusión en la agenda de la UE de la cuestión migratoria fue un poco más tardía. Recordemos que, desde la existencia del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, se había empezado a desarrollar el elemento de la *libre circulación de personas y capitales* como consecuencia de la acción de la comunidad económica al desbloquear los obstáculos para estas libertades<sup>524</sup>, así como la eliminación de la discriminación entre trabajadores de un Estado miembro y otro. Pero esta antidiscriminación no fue contemplada por el referido Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 de forma absoluta<sup>525</sup>. Si bien los tratados originales de las Comunidades Europeas se refieren a la libertad de circulación de personas, bajo esta categoría solo se incluía la emigración de los trabajadores nacionales de alguno de los Estados miembros, excluyendo a todos aquellos extranjeros no comunitarios<sup>526</sup>. La eliminación de las fronteras internas para la creación de un mercado común requirió de la articulación de una política común por parte de la comunidad europea de las fronteras exteriores, de forma progresiva basándose en un modelo convencional externo a los mecanismos decisorios ordinarios de la Comunidad Europea<sup>527</sup> que luego se llamaría el *Acervo Schengen*<sup>528</sup>. Sin embargo, los acuerdos de Schengen de 1985 y 1990 tratan de la supresión gradual de los controles en las fronteras de los Estados, traspasando este control a las fronteras externas de la Comunidad con respecto a los extranjeros de terceros países<sup>529</sup>, en un intento de frenar de un solo golpe la inmigración, impidiendo la entrada de quienes no lleven un visado en regla, como una manifestación de la *Europa de la fortaleza* a menor escala<sup>530</sup>.

Por lo tanto, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se observa un avance positivo en el progreso de la configuración del ELSJ. Ello porque este instrumento confirió a la UE nuevas competencias en el ámbito de las fronteras, la migración y el asilo, incluidos los visados y los retornos. Esto refleja la aplicación por parte del TJUE –entonces denominado Tribunal Comunitario– del nuevo espíritu de este tratado, que se pronuncia sobre situaciones de discriminación por razones diferentes del sexo, y basados en criterios de proporcionalidad de la medida para evitar una discriminación no justificable. Si bien en el Tratado de

---

<sup>523</sup> SANZ (1998) p. 77.

<sup>524</sup> La libre circulación de personas en la UE no ha sido nunca un derecho absoluto, sino que ha estado sometida a condiciones normativas previstas tanto en los Tratados como en el derecho derivado, sino que presenta un anclaje triple en el derecho originario (MARTÍNEZ (2014) p. 772).

<sup>525</sup> Tratado constitutivo de la CEE de 1957, artículo 7 señala la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad: “*Dans le domaine d’application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu’il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité*”.

<sup>526</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2003) p. 83.

<sup>527</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2003) p. 84.

<sup>528</sup> Convenio de Schengen, de 1990. Firmado como un acuerdo por Francia, Alemania y los Estado del Benelux, luego se complementó con el Convenio. Versó sobre la supresión gradual de controles en las fronteras comunes de los Estados miembros a los que luego se les unió Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega e Islandia, siendo estos dos últimos Estados parte del convenio mas no miembros de la UE. Para una mejor visión sobre este tema véase, NASCIBENE (1999).

<sup>529</sup> ESPADA (1994) p. 84.

<sup>530</sup> LÓPEZ (1991) p. 198.

Ámsterdam no han variado –en lo que se refiere a un mayor compromiso– la protección de los derechos humanos, ni los mecanismos de garantía para los particulares, ni la elaboración de un catálogo de derechos propios de la comunidad; sí se habilita al CdE para adoptar medidas contra las discriminaciones de cualquier tipo, haciendo referencia a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo de la Comunidad Europea<sup>531</sup>. En lo tocante a estas medidas antidiscriminatorias, recobran relevancia las modificaciones que contempla el Tratado de Ámsterdam para abarcar dentro de una cláusula genérica de *no discriminación* a cualquier persona como beneficiaria de este derecho y no relegarla solo a los ciudadanos de la UE<sup>532</sup>. Esto último se traduce en cierto avance en materia migratoria, pues dicha cláusula genérica podría extenderse a los nacionales de terceros países o no comunitarios.

Aquí también es oportuno mencionar que uno de los grandes objetivos perseguidos en el proyecto del Tratado de Ámsterdam era suprimir los obstáculos a la libre circulación y reforzar la seguridad<sup>533</sup>. Fue mediante este instrumento que se configura la actual política migratoria de la UE, incluyendo competencias a las instituciones comunitarias para adoptar importantes acciones en el ámbito migratorio<sup>534</sup>. Si bien, ya el Tratado de Maastricht había incorporado en su texto la libre circulación de personas, este nuevo tratado configura por primera vez el denominado ELSJ, pero solo se limita a mantener dicho derecho en los mismos términos, incorporando ciertas novedades formales mínimas sin profundizar en su contenido<sup>535</sup>. Este tratado incorpora el acervo Schengen en el marco institucional de la UE para garantizar el objetivo de un espacio europeo sin fronteras interiores. Sin embargo, todo lo relacionado a la libre circulación de personas no se considera como un derecho humano extensible a todas las personas bajo jurisdicción de un Estado sino solo para los ciudadanos comunitarios<sup>536</sup>.

#### **1.4. El Tratado de Niza de 2001 y el Tratado de Lisboa de 2007.**

Por su parte, el Tratado de Niza de 2001<sup>537</sup> mantuvo el mismo régimen migratorio con muy pocas modificaciones. Un aporte importante se observa en su propuesta de Estatuto o Carta de los Derechos Fundamentales en los tratados después de su proclamación en Niza<sup>538</sup>. Esta establecía un conjunto de derechos cívicos, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos agrupados en seis categorías: dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia; basados en los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el CEDH y en las tradiciones constitucionales de los países de la UE<sup>539</sup>. El Tratado de Niza

---

<sup>531</sup> FERNÁNDEZ (2000) pp. 13-15.

<sup>532</sup> SANZ (1998) p. 61.

<sup>533</sup> BLÁZQUEZ (1999) p. 54.

<sup>534</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2003) p. 86.

<sup>535</sup> BLÁZQUEZ (1999) p. 55.

<sup>536</sup> FERNÁNDEZ (2000) p. 17.

<sup>537</sup> Firmado en Niza, Francia, el 26 de febrero de 2001. Entrada en vigor: 1 de febrero de 2003.

<sup>538</sup> Recordemos que los presidentes del Parlamento Europeo, de la Comisión y del Consejo de la Unión Europea firmaron la Carta de Derechos Fundamentales en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 y ligeramente modificada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (Francia). No obstante, su entrada en vigor se observa como parte del Tratado de Lisboa (y anteriormente como parte del fallido proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa). Así, la Carta será jurídicamente vinculante tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>539</sup> GONZÁLEZ (2003) p. 741.

también planteaba una modificación a los tratados existentes<sup>540</sup> y entraría en vigor después de su ratificación por todos los Estados miembros, ya sea por votación de los parlamentos nacionales o por referéndum. No obstante, luego del resultado negativo de dos referendos celebrados en Francia y los Países Bajos, no se pudo concluir con éxito el procedimiento de ratificación del tratado<sup>541</sup>.

Como consecuencia de estos resultados negativos y tras un periodo de reflexión que duró dos años, se erigió el Tratado de Lisboa<sup>542</sup> (en lo sucesivo, TUE). Este se firmó el 13 de diciembre de 2007 durante el CdE celebrado en Lisboa, siendo ratificado por todos los Estados miembros. El TUE asignó a la UE nuevas competencias en el ámbito de la integración de los nacionales de terceros países<sup>543</sup>, suprimió los pilares y llevó a los ámbitos de competencia de las Comunidades Europeas tanto la cooperación judicial como policial en el ámbito penal, con lo que se logró que todo lo relativo al ELSJ quedase unificado<sup>544</sup>. Se trata de una construcción europea que se consolida a partir de más derechos y libertades para los ciudadanos europeos –basado en una serie de valores y principios comunes– reconocidos mediante el artículo 6.1 del TUE y enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en lo sucesivo, CDFUE), aunque el texto íntegro de este último documento no se haya incluido en el tratado aquí referido. El TUE ofrece a sus ciudadanos un ELSJ –en el que está garantizada la libre circulación de personas–, junto a otra serie de medidas de control de fronteras, asilo, inmigración y lucha contra la delincuencia.

## 2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La UE proclamó a título declarativo en el año 2000 la CDFUE. Este instrumento no fue incluido ni en el texto normativo del Tratado de Niza, ni en el TUE. No obstante, este último reconoce su carácter vinculante mediante su artículo 6.1. En aquel entonces planteó dudas en cuanto a su valor jurídico al tener fuerza vinculante empero no estar dentro del TUE. Sin embargo, junto con la negociación del TUE, el Parlamento Europeo aprobó la CDFUE en noviembre de 2007 y en diciembre de ese mismo año se firmó y proclamó solemnemente.

---

<sup>540</sup> No olvidemos que, para el momento de la entrada en vigencia del Tratado de Niza eran tres las grandes reformas comunitarias: la primera gran reforma se dio con el AUE en 1986, continuó con el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht en 1992 y, la tercera reforma de los tratados constitutivos la representó el Tratado de Ámsterdam en 1997.

<sup>541</sup> Como dato, tenemos que el pueblo irlandés se pronunció en contra de la ratificación del Tratado de Niza, en un referéndum que tuvo lugar el 10 de junio de 2001. Era necesario, entonces, otro referendo para obtener su indispensable voto afirmativo por cuanto el tratado de Niza preveía, como todos los tratados originarios, que su entrada en vigor sólo cabría si todos los Estados miembros aceptaban y ratificaban formalmente el texto. Su proceso de ratificación se extendió hasta el 2002. Por otra parte, de conformidad con la Declaración n.º 23 aneja al Tratado de Niza, se organizó una Convención que reuniese a los principales interesados en el debate sobre el futuro de la UE, que elaboró y debatió un texto que se convirtió en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Pero este tratado fue rechazado posteriormente por Francia y por los Países Bajos –en 2005– en sus referendos nacionales. A raíz del resultado negativo de los dos referendos señalados, no se pudo concluir el procedimiento de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

<sup>542</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 2007. Este tratado entró en vigor a finales de 2009, confirió nuevas competencias legislativas al Parlamento Europeo y lo puso en pie de igualdad con el Consejo de Ministros para decidir qué hace la UE. Así pues, Niza solo es el reflejo de la naturaleza *evolutiva-etapista* del proceso integracionista de la UE (MARTÍNEZ (2001) p. 221)

<sup>543</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 21.

<sup>544</sup> GORTAZAR (2007) p. 164.

Con el TUE se dota a la CDFUE de carácter vinculante pero no se recoge dentro de su texto el elenco de derechos contenidos en la misma, sino que solo se limita a reconocerlos, permitiendo las reservas y exclusiones que algunos Estados miembros hayan hecho de ella<sup>545</sup>.

Se trata de un instrumento elaborado en el marco de una organización internacional para el control de sus instituciones, órganos y Estados miembros cuando aplican el derecho de esa organización en su propio seno, caso en el que les es vinculante tras la entrada en vigor del TUE. Ello se tradujo en un cambio significativo en el sistema legal de la UE<sup>546</sup>, pues su vinculatoriedad implica el deber –por parte de las instituciones de la UE y los Estados miembros– de respetar la CDFUE en el proceso de aplicación del Derecho de la UE<sup>547</sup>. La CDFUE hace la salvedad de que solo es exigible a los Estados cuando apliquen el Derecho de la UE, pudiendo o no extender esta aplicación a otros ámbitos. En cuanto a esta obligación, dicho instrumento recalca el deber de las Instituciones, órganos y organismos de la UE de respetar sus disposiciones como condición de legalidad de sus actos, pero estos últimos deben haber sido adoptados en los ámbitos de competencia de la UE, de lo que se desprende que las instituciones no tienen que velar por el respeto a los derechos fundamentales en los asuntos en los que no tengan competencia, pero tampoco pueden interferir con el respeto y promoción de estos derechos en esos ámbitos. No obstante, es inevitable su permeabilidad en todo el actuar del Estado –esto incluye no solo al gobierno nacional sino también a todos los poderes públicos estatales– como consecuencia de su ambigüedad, por tratarse de un convenio de derechos humanos restringido a los poderes atribuidos por los Estado miembros a la UE<sup>548</sup>.

Con una redacción sencilla y sin conceptos ni definiciones que puedan interferir con su comprensión y contenido, la CDFUE contiene una lista de derechos humanos inspirada en todos los instrumentos internacionales mencionados en los apartes anteriores<sup>549</sup>, así como en los derechos recogidos en las constituciones de los Estados miembros de la UE. Sin dejar totalmente de lado los principios del derecho emanados de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, la CDFUE ha permitido que el TJUE acuda a una fuente de interpretación autónoma en la que de un modo avanzado y omnicompreensivo se consagra un elenco de derechos<sup>550</sup>. La CDFUE es un ejemplo de apertura e innovación, de comprensión de la incidencia necesaria de los cambios sociales y culturales en cuestión de derechos humanos, pero al mismo tiempo, de respeto de la tradición y de los grandes principios fundamentales en materia de garantía, defensa y protección de los derechos humanos<sup>551</sup>. Además, de la lectura de artículo 53.2 se desprende el *sentido y alcance* equivalente a los derechos contenidos en la CDFUE y en el CEDH, lo que no es obstáculo para que el derecho de la UE conceda una protección más extensa. Dicho de otra manera, en palabras del abogado

---

<sup>545</sup> GORTAZAR (2007) p. 161.

<sup>546</sup> SIONAIDH (2011) p. 648.

<sup>547</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 23.

<sup>548</sup> MANGAS (2008) pp. 812-814.

<sup>549</sup> Pueden señalarse los siguientes documentos más resaltantes: Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; el Pacto de derechos económicos, Sociales y culturales, de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos con sus respectivos Protocolos; la CSE con sus respectivos Protocolos de 1988, 1991 y 1995; las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo; el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con su Protocolo de 1999; el Convenio sobre los Derechos del Niño, de 1989 y el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 con su Protocolo de 1967.

<sup>550</sup> SOLÍS (2009) p. 124.

<sup>551</sup> GROSS (2004b) p. 53.



general Mengozzi: “De ello se deduce que el nivel de protección garantizado por el CEDH constituye solo un umbral mínimo, por debajo del cual la Unión no puede descender. La Unión puede, por otro lado, otorgar derechos garantizados por la Carta que corresponden a los del TEDH un alcance más amplio”<sup>552</sup> (la traducción es nuestra).

Inspirada en el principio de indivisibilidad de derechos, este instrumento opta por la sistematización y proclamación de la totalidad de derechos vinculables al ser humano en la UE, proclamando y englobando todos los derechos susceptibles de ser protegidos o disfrutados en diversas situaciones más allá del marco de las competencias de la UE. Sin embargo, aunque la CDFUE reconoce ciertos derechos en el ámbito privado o en ámbitos públicos, ello no le da competencia para que la UE pueda legislar en estos ámbitos ni para legislar en materia de derechos humanos a menos que haya una base jurídica expresa en casos particulares que sí lo permita<sup>553</sup>. Así, la CDFUE tiene 50 derechos, que se dividen en: Dignidad humana, libertades, igualdad, solidaridad, derechos de los ciudadanos y Justicia. Abarca toda una serie de derechos humanos tradicionales, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho a un juicio justo, muchos de ellos elaborados de la CEDH. La CDFUE se acompaña de explicaciones oficiales que, aunque no tienen estatus de ley –según el artículo 52 de la CDFUE– los tribunales de la UE y los Estados miembros considerarán tales explicaciones al interpretar dicho instrumento. Hay que decir que estas explicaciones son más bien poco informativas y no dicen nada sobre el alcance y el contenido correcto de cada precepto, sino que simplemente exponen su fuente<sup>554</sup>.

Los derechos reconocidos en la CDFUE no son prerrogativas absolutas, pero con la inclusión del artículo 51<sup>555</sup> en su texto se pretende, por una parte, la aplicación coherente y equilibrada de la CDFUE junto a los tratados comunitarios, así como de los convenios sobre derechos humanos y constituciones de los Estados; y, por la otra, el asegurar su contenido esencial, pese a la posibilidad de que la norma europea o nacional incorpore condiciones o límites bajo el principio de proporcionalidad<sup>556</sup>. La CDFUE contiene una serie de medidas orientadas a obtener un alto nivel de resguardo entre los miembros de la UE. En ella se contempla el reconocimiento y protección de un amplio número de derechos, con su progresivo reconocimiento dentro del derecho de la UE<sup>557</sup>. Estos forman parte integrante de los principios generales del derecho, cuya fuente de protección está conformada por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>558</sup>. Así, en el ámbito de los derechos

---

<sup>552</sup> TJUE, *Caso X* (2017) párr. 99, conclusiones del abogado general Mengozzi: “Il s’ensuit que le niveau de protection assurée para la CEDH ne constitue qu’un seuil minimal, en deçà duquel l’Union ne saurait descendre, l’Union pouvant, en revanche donner aux droits garantis para la Charte qui correspondent à ceux de la CEDH une portée plus large”.

<sup>553</sup> MANGAS (2008) pp. 821-822.

<sup>554</sup> SIONAIDH (2011) p. 652.

<sup>555</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, artículo 51: “...ámbito de aplicación. 1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. 2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”.

<sup>556</sup> MANGAS (2008) p. 828.

<sup>557</sup> HERNÁNDEZ (2015) p. 90.

<sup>558</sup> TJCE, *Caso Nold* (1959, C-18-57) párr. 13.

humanos, la CDFUE no actúa como un texto aislado de las constituciones nacionales ni del derecho comunitario, sino que resulta beneficioso respecto de su convergencia. Y, en consecuencia, ante posibles conflictos entre el derecho nacional y el derecho comunitario, tanto el juez nacional como el Juez comunitario deberán ponderar unas y otras normas en búsqueda de soluciones<sup>559</sup>.

Según Fernández, el principal objetivo político e institucional perseguido por la CDFUE ha sido el de conseguir una mayor transparencia en el ámbito comunitario. Este instrumento ha acercado las instituciones y los órganos de la comunidad europea a los ciudadanos –persuadiéndoles de que la burocracia europea trabaja en su interés, respetando en su labor un sistema de derechos y garantías individuales comparable al nacional de cada uno de los Estados miembros– mediante la transparencia y a través de un catálogo inteligible de derechos básicos asimilable por cualquier recién llegado a la sociedad europea actual tras una lectura de la CDFUE<sup>560</sup>. El conjunto de derechos reconocidos en la CDFUE es muy amplio y refleja un interés en huir de la tradicional distinción y clasificación –entre derechos civiles y políticos, por una parte; y otros derechos económicos, sociales y culturales, por la otra– presente en los tratados internacionales de ámbito general y europeo más conocidos en la materia<sup>561</sup>.

La CDFUE distingue entre derechos de son aplicables únicamente a las personas que gozan de la ciudadanía europea, de aquellos derechos de titularidad universal. Sin embargo, pareciera que la CDFUE intenta conciliar la distinta visión del principio de discriminación prevista en el SEDH y en el subsistema de la UE, yuxtaponiéndolas en los dos apartados del artículo 21, en cuyo primer apartado reproduce literalmente el artículo 14 del CEDH. Pero una observación más atenta percibirá que se ha suprimido de este texto la mención al *origen nacional o social*, sustituyéndola por una reiterativa e innecesaria referencia a los orígenes *étnicos o sociales*, omisión que no es casual, sino que pretende conciliar ambas perspectivas europeas, eliminando de la incorporación –por referencia del CEDH– aquello que lo haría incompatible con un sistema basado en la discriminación por nacionalidad<sup>562</sup>.

Este instrumento también prevé una previsión más genérica aplicable a los asuntos de asilo e inmigración, que le constituye en un hito de relevancia histórica. En este sentido, resultan pertinentes sus disposiciones contenidas en el segundo título referente a las libertades, al mencionar la protección en caso de devolución y expulsión<sup>563</sup>. Pero es importante destacar que el derecho comunitario está basado en la construcción de una extranjería privilegiada que incluye solo al extranjero procedente de otro Estado miembro –y excepcionalmente, la de aquellos extranjeros procedentes de terceros Estados con los cuales la Comunidad Europea ha concertado un acuerdo de asociación o de cooperación en cuyo contenido se prevea el ejercicio de tales derechos por los nacionales del tercer Estado–, al que cada Estado miembro debe equiparar con sus propios nacionales en todos los ámbitos gobernados por el Derecho Comunitario Europeo, y este esquema básico no puede ser afectado por la CDFUE<sup>564</sup>.

---

<sup>559</sup> MANGAS (2008) p. 842.

<sup>560</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 138.

<sup>561</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 140. Véase el ejemplo de la CSE junto con CEDH, o el PIDESC junto con el PIDCP.

<sup>562</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 143.

<sup>563</sup> Tratado de la Unión Europea de 1992, artículo 19.

<sup>564</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 147.

No obstante, en cada caso deberá analizarse si se puede invocar o no los derechos contenidos en la CDFUE dependiendo del derecho en cuestión. Si se trata del núcleo duro de los derechos del primer bloque, que podrían denominarse como derechos fundamentales – derecho a la vida, a la integridad, derecho a la dignidad– sería accesible para todos los presentes en la UE, mientras que el resto de los derechos humanos, previstos en el CEDH e incorporado al derecho comunitario a través de los principios generales y a través de la CDFUE, tendrían un ámbito de aplicación subjetivo más reducido, pues en ciertos casos sus beneficiarios serían tan sólo los nacionales de un Estado miembro<sup>565</sup>.

### **2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

La CDFUE consta de un preámbulo y 7 artículos y en el primero de estos hace mención del derecho a la dignidad, dentro del cual agrupa el *núcleo duro* de los derechos fundamentales: dignidad, vida, integridad de la persona, prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado, todos ellos inherentes a la propia persona humana como tal<sup>566</sup>. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos consignados en la CDFUE podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad humana forma parte de la esencia de los derechos consignados en la presente CDFUE<sup>567</sup>. Por ello, no podrá atentarse contra la dignidad, incluso en el caso de limitación de un derecho<sup>568</sup>.

En este orden de ideas y muy vinculado con la dignidad –que constituye su fundamento–, hemos de referirnos al derecho a la integridad física y mental de las personas, que se encuentra regulado en el artículo 3 de la CDFUE. Esta previsión –entre otras ideas– nos remite a la prohibición de torturas y de las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, regulada en el artículo 4 de la CDFUE. En virtud del artículo 52.3 de la CDFUE, este derecho se corresponde al garantizado en el artículo 3 del CEDH, siendo de idéntico tenor. Ello refleja una actitud más parca en la redacción respecto de lo contenido en otros grandes textos internacionales<sup>569</sup>. Así, su objeto es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación tanto el derecho de la UE, como el Derecho de los Estados miembros y el Derecho internacional<sup>570</sup>. Esta similitud de redacción implica que, para determinar el alcance de este derecho, necesariamente se deberá recurrir a lo interpretado por el TEDH respecto de lo contenido en el artículo 3 del CEDH.

La previsión del artículo 4 de la CDFUE es de tipo absoluto, que no reconoce derogación ante ninguna circunstancia ni restricción alguna. Implica también para el estado la responsabilidad de abstenerse de cometer cualquiera de los actos o conductas prohibidas en el referido artículo y además, de investigar aquellas denuncias respecto de la comisión de tales actos dentro de su territorio. Las disposiciones del artículo 3 del CEDH se aplican ante la *potencial* violación a la dignidad humana, lo que dota a este precepto de “...una eficacia preventiva absolutamente excepcional”<sup>571</sup>. De suerte tal que, ante el riesgo de conculcarse este derecho se deberán aplicar los mecanismos preventivos o sancionatorios –según sea el

<sup>565</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 147.

<sup>566</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 139.

<sup>567</sup> SOBRINO (2008) p. 170.

<sup>568</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2001) p. 13.

<sup>569</sup> SOBRINO (2008) p. 165.

<sup>570</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2001) pp. 18, 77.

<sup>571</sup> SANTAMARIA (2004) p. 74.

caso- contemplados en el artículo 7 de la CDFUE. Se trata de la única previsión de la CDFUE que ha sido desarrollada en otro instrumento, a saber, el ETS No.126.

Así, en virtud de lo contemplado en la CDFUE –en sus artículos, 1, 3 y 4 respecto del resguardo a la dignidad, a la integridad personal y a la prohibición de tortura y malos tratos– todo internamiento con fines de expulsión que sea impuesto por los Estados miembros debe asegurar el resguardo del artículo 4 de la CDFUE, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes hacia el detenido. Dado que la CDFUE únicamente es aplicable en el ámbito del Derecho de la UE, es necesario ligar esta disposición a otro instrumento jurídico de la UE que aborde la detención. Pero sobre ello se abundará con posterioridad en una sección ulterior.

Por su parte, la CDFUE recoge en su artículo 35 el derecho a la salud como un derecho subjetivo de la persona tal y como se reconoce universalmente en los textos internacionales, pero se trata de una regulación que requiere del complemento nacional para que pueda ser invocada en alguno de los Estados miembros, ya que la UE carece de competencias en materia sanitaria. Se trata pues de un principio inspirador del derecho de la UE, pero no de un derecho que pueda ser invocado directamente ante el TJUE<sup>572</sup>.

Adicionalmente, el artículo 19 de la CDFUE recoge el principio de *no devolución*, al prohibir el retorno de una persona a una situación de temor justificado de persecución o de riesgo real de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes<sup>573</sup>. Se trata de un desarrollo de las disposiciones de los artículos 4 y 2 de la CDFUE y también de una expresión más del derecho a la dignidad. Por ende, la protección de este derecho debe orientarse por lo preceptuado al respecto en el CEDH, mediante el cual se fija un estándar mínimo de protección que funge como criterio guía en lo que respecta al derecho de la UE. Así, la prohibición de expulsiones colectivas –que prevé la exigencia de un examen caso por caso al adoptar una medida de expulsión- prevista en la CDFUE se identifican con las disposiciones del artículo 4 del Protocolo N° 4 del CEDH. Se trata de un derecho que no admite ningún tipo de limitaciones y protegido de derogaciones en circunstancias de emergencia nacional.

A continuación, la Tabla N° 16 nos presenta un resumen de las disposiciones más relevantes de la CDFUE respecto de la protección del derecho aquí revisado.

**TABLA N° 16.**

**Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

<b>Objeto de protección</b>	<b>Disposiciones</b>
Dignidad e integridad personal: Prohibición de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	Artículos 1, 3 y 4 CDFUE. Se corresponde al garantizado en el artículo 3 del CEDH, de idéntico tenor y en virtud del artículo 52.3 CDFUE.
Derecho a la salud	Artículo 35 CDFUE.
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículo 19 CDFUE. Es una previsión que desarrolla los artículos 4 y 2 CDFUE. Se

<sup>572</sup> Moyse destaca que el acceso, tanto a la prevención de la salud como al beneficio de la atención médica, es un derecho muy general para ser legalmente definible y estar sujeto a los efectos de las leyes nacionales que rigen la salud y los sistemas de atención de salud (MOYSE (2006) p. 308)

<sup>573</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 23.

	identifican con las disposiciones del artículo 4 del IV Protocolo del CEDH.
--	---

## 2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

La salvaguardia de este derecho se observa regulada en el título relativo a las *libertades* de la CDFUE. Sin embargo, ningún precepto de este instrumento define lo que debe entenderse por *familia*, ni las personas que la conforman. Ello debido a que la UE no tiene competencias para regular este ámbito, sino que ello corresponde a los Estados miembros mediante la articulación de su derecho interno. Ello se traduce en diferencias respecto de la composición de este grupo humano, junto a la evolución de esta noción en el transcurso de tiempos recientes –desde el concepto de familia clásica a las uniones de hecho, familias monoparentales, familias formadas por progenitores del mismo sexo– cuyo reconocimiento varía en cada país<sup>574</sup>. Así, nos encontramos con una figura jurídica cuya constitución, efectos, y grado de reconocimiento varía de unos Estados a otros, no existiendo una uniformidad conceptual en el ámbito comunitario –incluso– en torno a su consideración de familia, aunque se evoluciona en esta línea<sup>575</sup>.

Efectuadas las consideraciones anteriores, resulta oportuno señalar que el artículo 7 de la CDFUE consagra el derecho a la vida privada y familiar en los mismos términos que lo hace el CEDH. Tiene pues el mismo sentido y alcance que este último artículo. Ello se traduce en una remisión a la jurisprudencia interpretativa del TEDH respecto de lo regulado en el artículo 8 del CEDH. Sin embargo, el TJUE, matiza que los Estados miembros sólo están obligados a cumplir las disposiciones de la CDFUE cuando apliquen el Derecho de la UE<sup>576</sup>.

Así, el derecho a la vida privada y familiar se encuentra ampliamente conectado con los derechos de protección de datos de carácter personal resguardado en el artículo 8 de la CDFUE y el derecho a fundar una familia resguardado en el artículo 9 del mismo texto, pretendiendo así proteger a toda persona de intromisiones en su esfera íntima, provenga esta de autoridades públicas o de terceros particulares, así como de aquellas que deriven de las actuaciones procesales debido al deber de respeto positivo de este derecho por parte de los poderes públicos<sup>577</sup>. Por ello, aunque este no es un derecho absoluto –al igual que lo señalan los tratados internacionales anteriormente revisados– es necesario que la injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país y la defensa del orden.

Su violación se traduce frecuentemente en la afectación del derecho a la vida familiar, derecho que se extiende a las relaciones no solo dentro del matrimonio sino también de relaciones asimilables y de vida común entre abuelos y nietos<sup>578</sup>. Aunque el matrimonio es la vía más habitual para conformar una familia, una interpretación así de estricta implicaría una discriminación incompatible con el artículo 21 de la CDFUE relativo a la prohibición de discriminación<sup>579</sup>. Por ello, la protección de la vida privada y familiar debiera extenderse a otras modalidades para conformar una familia, diferentes de las antes señaladas. También

<sup>574</sup> LÓPEZ (2008) p. 567.

<sup>575</sup> ZABALO (2005) p. 30.

<sup>576</sup> ARRESE (2014) p. 204.

<sup>577</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2008a) p. 211.

<sup>578</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2008a) p. 215.

<sup>579</sup> LÓPEZ (2008) p. 568.

comprende la protección de las comunicaciones que en cuanto a su contenido jurídico. Dicho derecho impone el deber a las autoridades de actuar para proteger las comunicaciones en establecimientos con estatutos especiales<sup>580</sup>, como, por ejemplo, los centros de detención de inmigrantes en los que el resguardo de este derecho cobra relevancia.

Por su parte, el artículo 33 de la CDFUE ofrece una protección a la familia desde el ámbito socio–laboral. No obstante, el tratamiento de la protección de este derecho se encuentra diseminada en otros preceptos de la CDFUE: el derecho a la protección de la vida familiar, el derecho a la no discriminación por razones de diversa índole que pudiesen afectar al núcleo familiar, la protección a los niños y a las personas mayores, prohibición de trabajo infantil, de los cuales este es el más importante. Así, este instrumento en su primer apartado protege de forma genérica a la familia en los ámbitos jurídico, económico y social con términos poco precisos, mientras que el segundo aparte se concentra en brindar un medio de protección a través de la conciliación de la vida familiar con la vida laboral<sup>581</sup>.

Otra protección que brinda la CDFUE a la familia se hace extensiva a través del artículo 24. Este precepto contempla el derecho de los menores de 18 años a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Así, en todos los actos relativos a estos ejecutados por autoridades o instituciones privadas, se tendrá en consideración primordial el interés superior del menor. Ningún tratado anterior de la Comunidades Europeas había contemplado la protección de los derechos del niño en estos términos y apuntando hacia su bienestar<sup>582</sup>. De hecho, la diferenciación entre las reglas relativas a la expulsión por Estados miembros aplicables a ciudadanos comunitarios de las aplicables a nacionales de terceros países se ha profundizado<sup>583</sup>. Por ello, resulta digno de encomio el hecho de que, pese a que ningún otro tratado previo había considerado dicha protección como uno de sus objetivos, este instrumento introduce parámetros de legalidad en cuanto a las actuaciones que puedan no proteger adecuadamente los derechos de la infancia, sin estar condicionado a la tenencia de la nacionalidad de un Estado miembro o ser ciudadanos de la UE<sup>584</sup>. La CDFUE incorpora expresamente en este derecho la obligación de considerar el interés superior del niño, mención que no se observa en el CEDH. Este principio, que actúa fundamentalmente en el ámbito de la tutela judicial, es una noción subjetiva debido a su amplitud. Ello permitirá cierto margen en su aplicación dependiendo de la autoridad sobre la que recaiga la protección y decisión por el niño<sup>585</sup>.

Además, según lo contemplado en la CDFUE, el menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses. Aunque en esta disposición se menciona el CEDH –debido a su importancia–, el nivel de protección ofrecido por la CDFUE no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH<sup>586</sup>, sino que debe conceder mayor protección a la brindada por dicho convenio.

---

<sup>580</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2008a) p. 217.

<sup>581</sup> LÓPEZ O (2008) p. 563.

<sup>582</sup> Solo con la reforma del Tratado de Ámsterdam se empezó a incluir a la infancia en relación a la protección de este grupo etario de los crímenes de trata y abuso sexual de infantes (MANGAS (2008b) p. 444).

<sup>583</sup> FENNELLY (1999) p. 313.

<sup>584</sup> MANGAS (2008b) pp. 442, 449.

<sup>585</sup> MANGAS (2008b) p. 451.

<sup>586</sup> Véase Carta de Derechos fundamentales de 2000, artículo 24.

Todas las anteriores disposiciones revisten de importancia a fin de asegurar la protección de estos derechos al inmigrante detenido con fines de expulsión. Sin embargo, la tendencia es a limitar el ámbito de estas libertades, bajo el falso discurso de *seguridad vs. libertad* empleado en las actuaciones de la UE y en las medidas adoptadas contra los inmigrantes –legales o ilegales– residentes en su territorio. Sobre todo, ante determinadas nacionalidades señaladas como *sospechosas*<sup>587</sup>. La CDFUE debe ser interpretada atendiendo a cada caso para poder determinar quiénes son los que pueden invocar la aplicación de este instrumento, por lo menos desde el punto de vista de la protección del derecho a la vida privada y –dentro de este– la protección a los niños o menores de 18 años, a quienes la CDFUE brinda una protección universal. Así, los afectados tendrían derecho a solicitar la unidad familiar dentro de los procesos de detención de inmigrantes en beneficio de la protección de este derecho y del interés superior del niño.

Seguidamente, en la Tabla N° 17 se presenta de modo sucinto las disposiciones más relevantes de la CDFUE respecto de la protección del derecho aquí revisado.

**TABLA N° 17.**  
**Del derecho a la vida privada y familiar en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

Objeto de protección	Disposiciones
Derecho a la vida privada y familiar.	Artículo 7 CDFUE. Se consagra este derecho en los mismos términos que lo hace el CEDH en el artículo 8; íntimamente vinculado con los artículos 8 y 9 CDFUE.
Interés superior del niño.	Artículo 24 CDFUE.

### 2.3. Del derecho al debido proceso.

Recordemos que el derecho a la libertad personal resulta particularmente importante en relación con las normas que autorizan su restricción, así como el seguimiento de los procedimientos aplicables ante tales supuestos. En este contexto, hemos de tener presente que el debido proceso se traduce en “...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, derecho que encierra dentro de sí un amplio conjunto de garantías que se traducen en otros tantos derechos del ajusticiable que, en esencia son los siguientes: el derecho a un juez imparcial, el derecho a ser informado de la acusación formulada, el derecho a la defensa y asistencia del Letrado; el derecho a un proceso público; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”<sup>588</sup>. Estas garantías tienen el propósito de asegurar que la restricción de la libertad sea guiada por parámetros de legalidad. Bajo esta perspectiva proteccionista, la CDFUE ha desarrollado su segundo capítulo relativo a las libertades. Su fuente de inspiración recae en los catálogos constitucionales y en el CEDH. Así, dentro de este capítulo se regula, entre otros derechos civiles, el derecho a la libertad y seguridad.

<sup>587</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2008a) p. 220.

<sup>588</sup> SEGADO (1999) p. 90.

La CDFUE en su artículo 6 regula el derecho a la libertad personal. Aunque no existe una jurisprudencia relevante por parte del TJUE en esta materia, la amplia jurisprudencia elaborada por el TEDH cobra importancia, si tomamos en cuenta la identidad de redacción entre el artículo 6 de la CDFUE y el artículo 5.1 del CEDH. Por ello, ambos preceptos tienen –con arreglo al artículo 52.3 de la CDFUE– el mismo sentido y alcance. La protección de este derecho se aplica como un estándar mínimo de protección en la UE, lo que no impide que este derecho comunitario pueda extender el ámbito de protección. El anterior precepto se complementa con el derecho de toda persona de no ser privado de su libertad, sino respetando un procedimiento básico previsto en la ley. Por ello, toda persona detenida debe ser informada a la brevedad de los motivos de la detención –en una lengua que entienda– debiendo ser conducida sin dilaciones ante un juez, pudiendo presentar un recurso ante el órgano correspondiente y con derecho a una reparación<sup>589</sup>.

También, es oportuno acotar que, en lo que respecta al derecho de la UE, el derecho de libertad personal es diferente del derecho a la libertad de circulación. El concepto concretado en la libertad física del individuo y en la correlativa protección derivada frente a detenciones o ataques arbitrarios, pretende brindar protección contra la privación de libertad del individuo o sin garantías, lo que no tiene que ver con la libertad de circulación que en la UE es parte integrante del estatuto de ciudadanía<sup>590</sup>. Este último se aplica solo a los ciudadanos de la UE, aunque ello no obsta su aplicación extensiva a los residentes de un Estado miembro de la UE que sean nacionales de terceros países, así como algunos derechos accesorios de la libertad de circulación aplicables a los familiares del ciudadano europeo que sean nacionales de terceros países.

El Capítulo VI relativo a la *Justicia*, también inspirado en el CEDH, regula los principales derechos procesales relativos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, junto a la presunción de inocencia<sup>591</sup>. Así, en el artículo 47 de la CDFUE se regula el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y el derecho de asistencia jurídica gratuita.

El derecho a la tutela judicial efectiva se regula a favor de cualquier individuo que señale el haber sido víctima de una vulneración de los derechos y las libertades garantizados por el Derecho de la UE, asegurándole acceso automático a un recurso efectivo que incluya protección jurisdiccional contra la denegación del acceso al territorio o a los procedimientos, apuntando así las bases de un juicio justo. Recordemos que, aunque el artículo 52 de la CDFUE acuerda como protección mínima la contemplada en las disposiciones del CEDH; no obstante, la UE puede aplicar una interpretación más favorable a la contenida en dicho convenio. Así, el artículo 47 de la CDFUE –basado el artículo 13 del CEDH que garantiza el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional– beneficia procesalmente aún más al individuo, al exigir que el recurso sea ante un tribunal<sup>592</sup>. En este orden de ideas, los órganos jurisdiccionales nacionales están en el deber de interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos, a fin de asegurar este derecho<sup>593</sup>. Se trata de un derecho que resulta de las tradiciones comunes a los Estados

---

<sup>589</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2008b) p. 200.

<sup>590</sup> Y PÉREZ DE NANCLARES (2008b) p. 198.

<sup>591</sup> FERNÁNDEZ (2002) p. 65.

<sup>592</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2001) p. 13.

<sup>593</sup> TJCE, *Caso unión de pequeños agricultores/consejo* (2002, C-50/00) párr. 41 y 42.



miembros<sup>594</sup> y corresponde a cada Estado prever un sistema de recursos y procedimientos que garanticen el resguardo de este derecho<sup>595</sup>.

Respecto del derecho un proceso justo, es oportuno acotar que, si bien este derecho encuentra su inspiración en el artículo 6.1 del CEDH, a diferencia de lo contenido en el referido artículo –que garantiza el derecho a un juicio justo, pero solo para determinar derechos u obligaciones civiles o el fundamento de una acusación en materia penal impidiendo su aplicación a los asuntos de inmigración y asilo–, el artículo 47 de la CDFUE no establece tal distinción. Por ello, se extiende su aplicación a los asuntos de cualquier jurisdicción incluso en el ámbito migratorio. Dentro del derecho a un juicio justo, el derecho a ser oído en todo procedimiento juega un rol predominante<sup>596</sup>. También se incluye la garantía de celeridad procesal, aspecto sobre lo cual se ha pronunciado también el TJUE<sup>597</sup>.

Asimismo, es menester señalar que el derecho a la asistencia gratuita se encuentra en el mismo artículo 47 de la CDFUE, pero dado que este instrumento no ofrece mayores detalles al respecto, hemos de recurrir a la jurisprudencia elaborada por el TEDH en su interpretación del artículo 6.1 y 13 del CEDH. Esta interpretación jurisprudencial ofrece un apoyo sólido respecto de la interpretación de esta garantía.

A continuación, la Tabla N° 18 recoge un resumen de estas disposiciones:

**TABLA N° 18.**  
**Del derecho al debido proceso en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

<b>Objeto de protección</b>	<b>Disposiciones</b>
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículo 6 CDFUE. Nótese que hay identidad de redacción con el artículo 5.1 CEDH.
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículo 47 CDFUE. Nótese el contenido similar al de artículos 6.1 y 13 CEDH.

### **3. Disposiciones de las directivas de la Unión Europea.**

A modo de repaso, recordemos que son variados los tratados internacionales que reconocen el derecho de circulación y residencia como un derecho humano fundamental. En su núcleo se destaca su valor esencial para la libertad y autonomía de las personas, y su ejercicio está vinculado al goce de otros derechos humanos fundamentales como el derecho al trabajo y la unidad de la familia. Sin embargo, este derecho de circulación y residencia representa uno de los derechos humanos que pueden ser restringidos en función de la nacionalidad de sus titulares. En materia de libertad de circulación, el derecho internacional de los derechos humanos admite ciertas limitaciones a su ejercicio en función de la nacionalidad de las personas o de su situación migratoria en un determinado Estado.

<sup>594</sup> TJCE, *Caso Johnston* (1986, C-222/84) párr. 14; TJUE, *Caso Comision/Austria* (2001, C-24/99) párr. 45; TJCE, *Caso unión de pequeños agricultores/consejo* (2002, C-50/00) párr. 39; TJUE, *Caso Eribrand* (2003, C-467/01) párr. 61.

<sup>595</sup> TJCE, *Caso unión de pequeños agricultores/consejo* (2002, C-50/00) párr. 41.

<sup>596</sup> TJCE, *Caso Eurofood IFSC* (2006, C-341/04) párr. 65.

<sup>597</sup> TJCE, *Caso Baustahlgewebe* (1998, C-185/95) párr. 45.

Esta situación conlleva a que no todas las personas gocen de ese derecho de la misma manera. Ello justifica analizar los diversos elementos de este derecho vinculados al desplazamiento de personas a través de las fronteras internacionales y el tratamiento diferenciado que corresponde a cada uno de sus componentes en función de la nacionalidad o del vínculo legal de las personas con un determinado Estado. Lo anterior es diferente del derecho que se reconoce a toda persona a salir libremente de cualquier país, el cual tiene carácter de universal ya que su reconocimiento no está condicionado a la nacionalidad de la persona ni a su situación migratoria y es oponible frente a todo Estado, inclusive el propio Estado de la nacionalidad del individuo. Este derecho resulta fundamental en el contexto de la migración internacional. Su respeto demanda de los Estados el cumplimiento de ciertas obligaciones, como el establecimiento de mecanismos para la emisión, en un plazo razonable, de los documentos de viaje, o la abstención de medidas que restrinjan ilegítima e innecesariamente el ejercicio dicho derecho. Pero es necesario aclarar que este no lleva implícito un reconocimiento universal del derecho a viajar a cualquier país y establecerse en él.

El componente del derecho de circulación y residencia –relativo al derecho a ingresar a un país y permanecer o residir en él– es precisamente uno de los contenidos del derecho que habilita la imposición de limitaciones en función de la nacionalidad de los individuos o de su situación migratoria regular en el país de destino. La regulación que las normas internacionales de derechos humanos hacen del contenido del derecho a la circulación y residencia reafirma la soberanía del Estado para la determinación de su política migratoria. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la capacidad del Estado en cuanto a decidir a quién ha de admitir en su territorio. Las normas internacionales de derechos humanos reconocen, en definitiva, la potestad soberana de los Estados para determinar su política migratoria, en el sentido de fijar las condiciones, requisitos y procedimientos para el ingreso y permanencia de los extranjeros en sus respectivos territorios. Y esto adquiere relevancia ya que tales facultades se extienden a las facultades de detención con fines de expulsión.

El numeral 2 del artículo 22 del CADH prevé la libertad de salir de un país mas no de ingresar, señalando que los *derechos* del numeral 1 y 2 solo pueden ser restringidos en virtud de una ley y por razones tan amplias como seguridad nacional, salud u orden público, moral o salud públicas o los derechos y libertades de los demás. De igual forma lo prevé para la expulsión de extranjeros. Si bien la idea de soberanía Estatal continúa estrechamente vinculada al diseño de políticas públicas<sup>598</sup> –que ejercen control sobre la entrada, permanencia y salida de personas al territorio–, el mundo globalizado y el desarrollo del derecho internacional han modificado la concepción que se podía tener del Estado y ha generado condiciones que afectan su autonomía y capacidad en el diseño de las políticas públicas, incluyendo las políticas migratorias<sup>599</sup>. El principio de soberanía actualmente

---

<sup>598</sup> Si bien parece posible una distorsión del concepto de soberanía en relación con su concepción histórica, (BARREIROS (2009) pp. 32-33); actualmente aparecen nuevas interpretaciones de soberanía en un mundo conectado, como es el principio de la soberanía poliédrica, sobre esta noción véase, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2005).

<sup>599</sup> Definíó Bodino, la soberanía estatal como el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, independientemente de las leyes positivas (*summa in cives ad subditos legisbusque soluta potestas*), pero Bodino admitió expresamente que el poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes; nunca pretendió que el Estado fuera el ordenamiento jurídico supremo, limitándose a decir que el Estado

vigente no es aquel absoluto de antaño –incompatible con el Derecho<sup>600</sup>– que primaba por encima del derecho a la libre circulación, ni aquel entendido como la expresión de poder ilimitada del Estado<sup>601</sup>, sino que posee restricciones de importancia, según las cuales, si bien se reconoce el derecho del Estado para determinar quienes entran a sus fronteras, el ejercicio de esta potestad ha de efectuarse con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas<sup>602</sup>. No obstante, no toda facultad propia de la persona humana, sino las fundamentales –aquellas básicas sin las cuales la existencia del hombre no es propiamente humana–, son las que limitan el ejercicio de la soberanía<sup>603</sup>.

En el ámbito internacional se hace énfasis en el derecho soberano de cada Estado a regular la migración en su territorio y adoptar con ese fin la legislación adecuada de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, no obstante que los *violadores de las leyes de inmigración* no deberían estar expuestos a violaciones de sus derechos humanos básicos y fundamentales<sup>604</sup>. Por ello, aunque en base al principio de soberanía los Estados han adoptado reglamentaciones internas relativas a la migración internacional y, en especial, al control y la reducción de la migración indeseada, tales medidas internas no bastan para encauzar eficazmente la migración, siendo necesaria la cooperación internacional para lograr que la migración internacional resulte beneficiosa para migrantes y Estados, dentro de un contexto de respeto a la ley y a los derechos humanos y ello implica que la tesis de la soberanía absoluta de los Estados en materia de migración no puede sostenerse actualmente, pues implica ignorar el papel del derecho Internacional en este proceso<sup>605</sup>.

Así, el principio que se refiere al derecho de expulsar, consuetudinario e inherente a la soberanía de los Estados, encuentra dificultades en el momento de su ejercicio en la medida en que necesita de la colaboración de los países de origen<sup>606</sup>. Esto dependerá del reconocimiento mutuo entre Estados y de la mutua cooperación. Sin embargo, esta es una expresión de uso reciente. No fue hasta 1998 cuando el TJUE utilizó por primera vez la expresión *principio de reconocimiento mutuo* que se extraía en su origen de la comunicación interpretativa de la omisión (de 3 de octubre de 1980), derivada del razonamiento de la sentencia *Cassis de Dijon*. Si un Estado no reconoce una orden de expulsión se presentan problemas internacionales, para ello es necesaria la acción coordinada, en la que el primigenio modelo europeo de cooperación en asuntos de migración ofrece interesantes ejemplos.

Es este contexto, resulta oportuno acotar que la figura de la detención administrativa de inmigrantes –más allá de sus objetivos declarados– representa un instrumento político de alto impacto. En el hemisferio sur, supuestamente disuade a los potenciales migrantes de entrar en la fortaleza europea, en el hemisferio norte se emplea para darle a la opinión pública la imagen de una lucha activa de las autoridades para resolver el *problema de la migración*,

---

constituye la *potestas* suprema, o sea, la instancia temporal suprema con respecto a sus súbditos y ciudadanos (TRUYOL Y SERRA (1977) p. 86).

<sup>600</sup> REMIRO (1987) p. 82.

<sup>601</sup> BARREIROS (2009) p. 33.

<sup>602</sup> DÍAZ (2016a) p. 186.

<sup>603</sup> BERTELSEN (1996) p. 216.

<sup>604</sup> CIDH (1998) parr. 81.

<sup>605</sup> ORTEGA (2014) p. 677.

<sup>606</sup> FAJARDO (2009) p. 468.

estigmatizando a los que se les etiqueta como *enemigos*<sup>607</sup> e incrementando el riesgo del racismo y la xenofobia. Así, aunque algunos Estados alegan un amplio catálogo de razones que justifican la detención administrativa de inmigrantes irregulares como un problema de seguridad nacional o como un acto criminal –descuidando los derechos humanos que están en juego–, no hay una evidencia empírica de que la detención administrativa de inmigrantes disuada la inmigración irregular. De hecho, durante los últimos 20 años esta se ha incrementado a pesar del incremento en las medidas de detención de inmigrantes, quienes consideran la detención como parte o riesgo de su proceso migratorio<sup>608</sup>.

De hecho, pese a las declaraciones de buena voluntad que señalan que la migración es parte de la historia de la humanidad<sup>609</sup>, ningún gobierno en el mundo afectado por flujos migratorios ha renunciado a la detención administrativa de aquellos que considera inmigrantes irregulares<sup>610</sup>. En ocasiones al margen de observación de la opinión pública, como fue el caso de los ciudadanos afganos en zonas escindidas del territorio australiano amparada por los altos tribunales del país<sup>611</sup> que reconocían la dificultad de reconciliación con las obligaciones internacionales asumidas por Australia, solo por mencionar un ejemplo.

En épocas recientes las organizaciones internacionales han hecho ostensible su preocupación por el incremento en el empleo de las medidas de detención de inmigrantes con fines absolutamente opuestos a la preparación de su expulsión, pasando a ser una medida de

---

<sup>607</sup> AAS (2007) pp. 286-303; CAPUTO (2007) p. 45.

<sup>608</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, de 1986, párr. 8.

<sup>609</sup> LACOMBA (2008) p. 14.

<sup>610</sup> En muchas ocasiones se ha indicado que la detención migratoria debe ser excepcional, el último recurso del que se dispone cuando ninguna medida menos restrictiva se encuentre disponible para el caso en particular, véase, Comité de Derechos Humanos, *Caso C. vs. Australia* (2002, comunicación n° 900/1999). Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria: hallazgos preliminares de la visita a la argentina (8 AL 18 de mayo de 2017)*, párr. 67 y 82, disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21636&LangID=S>>, fecha de consulta: 30 enero 2019. Jurisprudencia de interés: CorteIDH, *Caso Yvon Neptune Vs. Haití* (2008, serie C N° 180) párr. 90; CorteIDH, *Caso Álvarez e Iñiguez v. Ecuador* (2008, serie C n° 189) párr. 53; CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 116-166-171. La aproximación más protectora del migrante en el régimen americano se explica en parte por el menor número de casos de los que conoce el sistema, en general véase, DEMBOUR (2015). En el ámbito interno, Suprema Corte de los Estados Unidos, *Caso Zadvydas v. Davis* (2001, 533 US 678). En este caso norteamericano, el Tribunal Supremo decidió que un no ciudadano que había sido admitido a los Estados Unidos, como residente legal permanente y no podía ser deportado no debía estar en detención indefinida, en la opinión del Juez Stephen Breyer cuyo voto decidió la sentencia, indicó: “...la detención indefinida sería una amenaza constitucional muy grave...” y que había que incluir una interpretación legal de plazos límites, siendo razonable el de seis meses. En el Reino Unido, Lord Nicholls, en su voto particular afirmó “...la detención indefinida sin cargo o juicio es anatema para toda sociedad que observa el imperio de la Ley”, United Kingdom House of Lords, *Caso A and others v. Secretary of State for the Home Department* (2004, [2004] UKHL 56). Desafortunadamente, este principio invariablemente queda reducido prácticamente a papel mojado en las prácticas estatales contemporáneas de subterfugios y ficciones jurídicas.

<sup>611</sup> Véase, Australia: High Court, *Caso Re Woolley (Manager of the Baxter Immigration Detention Centre); Ex parte Applicants M276/2003 by their next friend GS* (2004, [2004] HCA 49). El Comité de Derechos Humanos ha admitido que, debido a esta práctica legislativa y judicial de Australia, no es necesario el agotamiento de los recursos internos para la presentación de comunicaciones individuales. Al respecto véase, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1997); COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2003b).

seguridad<sup>612</sup> o mecanismo de disciplina<sup>613</sup> que –en muchos casos– se extiende también a los solicitantes de asilo mientras se analiza su petición<sup>614</sup>. La utilización generalizada de la detención migratoria por parte de algunos Estados responde a un enfoque orientado a la criminalización de la migración, según la cual, algunos Estados justifican la práctica de la detención migratoria –e incluso de la penalización de la migración irregular–, bajo el argumento de que la migración irregular representa una amenaza a la seguridad nacional<sup>615</sup>.

Si bien muchas legislaciones no emplean el término *detención* para referirse a los procedimientos de privación de libertad mientras se tramita la expulsión, las llamadas figuras de la *presentación y alojamiento*, al ser medidas que le impiden a los migrantes en situación migratoria irregular disponer de su libertad de movimiento, constituyen formas de privación de la libertad personal, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y los estándares interamericanos sobre el derecho a la libertad personal<sup>616</sup>. La figura de la detención previa a la deportación es un ejemplo de *mecanismo adaptativo* que se sitúa en un estado fluctuante entre la adherencia a los derechos humanos universales y su revocación, requiriendo una supervisión continua<sup>617</sup>. Como ejemplo de la magnitud del asunto, en el Estado norteamericano de Tejas se acaba de inaugurar un centro de detención de inmigrantes irregulares con un sector aislado para la población transgénero, garantizando que no serán objeto de acoso y violencia contra sus personas, lo que refleja una óptica legislativa que se apasiona por ofrecer soluciones a los problemas menores, por su cuantía u ocurrencia frente a las violaciones masivas de los derechos de migrantes irregulares en todo el proceso migratorio, la opacidad e inimputabilidad del proceso gestionado por *agencias especializadas privadas y con limitado acceso a la revisión del poder judicial* que los sitúa muy por debajo de las garantías –tanto nacionales como internacionales– de los presuntos delincuentes<sup>618</sup>. Así, enfrentan una condición que la CIDH ha denominado *vulnerabilidad estructural*<sup>619</sup>, en

<sup>612</sup> GARCIA (2014) p. 1360.

<sup>613</sup> Para más información, véase sitio web oficial de ACNUR, *UNHCR concerned at detention of asylum-seekers, releases new guidelines*, disponible en: <<http://www.unhcr.org/news/makingdifference/2012/9/505c33199/unhcr-concerned-detention-asylum-seekers-releases-new-guidelines.html>>, fecha de consulta: 23 octubre 2018; y lo señalado al respecto por la Coalición Internacional sobre Detención (en lo sucesivo, IDC), una red global que agrupa a más de 300 organizaciones de la sociedad civil. También, sitio web oficial de INTERNATIONAL DETENTION COALITION, disponible en: <<http://idcoalition.org>>, fecha de consulta: 23 octubre 2018.

<sup>614</sup> DEVAS y JRS (2010) pp. 8-9, indica que los solicitantes de asilo son retenidos en promedio un mes más que los inmigrantes irregulares y que del total de detenidos por más de 5-6 meses, el 80% de ellos son solicitantes de asilo con peticiones en estudio.

<sup>615</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013) p. 190.

<sup>616</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013) p. 185.

<sup>617</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2017).

<sup>618</sup> Es llamativo que en determinados países el número de no ciudadanos bajo detención administrativa supere el número de reclusos con pena firme de prisión o en prisión preventiva, véase GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS (2008) párr. 45. En este sentido, sobre la composición del Consejo de la Unión Europea es necesario tener presente que, al igual que la CE, se trata de un órgano político compuesto por representantes gubernamentales del que no ha desaparecido el riesgo de politización (OCHOA (2006) p. 26).

<sup>619</sup> Entendiéndose esta noción como una situación de impotencia que es impuesta al inmigrante por la estructura de poder de un país –el carácter *estructural* se deriva de la existencia de una estructura de poder que muestra empíricamente que en toda sociedad nacional algunos tienen más poder que otros– y de una estructura cultural comprendida por un conjunto de elementos de tipo despectivo que tienden a justificar las diferencias entre nacionales y no nacionales, véase BUSTAMANTE (1998) párr. 28; RODRÍGUEZ (2000) párr. 13. También se ha

la cual es común que los inmigrantes sean víctimas de arrestos arbitrarios y ausencia de debido proceso, de expulsiones colectivas, o de condiciones de detención inhumanas, de apremios ilegítimos por parte de autoridades de migración y policías junto a los obstáculos en el acceso y procuración de justicia de los delitos de los que son víctimas<sup>620</sup>. Por su parte, respecto de esta vulnerabilidad, siempre se debe tener presente que: “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situación de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”<sup>621</sup>. Sobre estos derechos humanos –que son los más propensos a sufrir vulneración durante la detención y expulsión de inmigrantes– y los estándares internacionales existentes para garantizar su protección, nos referiremos a continuación.

En este contexto, desde la década de los noventa –y con mayor claridad tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam– la UE se ha visto en la necesidad de disponer de un conjunto de buenas prácticas para impedir la violación de los derechos humanos de los migrantes en el territorio comunitario, en terceros Estados vinculados con la acción exterior de la UE<sup>622</sup> o en países que buscan modelos de gestión migratoria<sup>623</sup> y la sujeción de los centros de procesamiento o de tránsito, a estándares comparables de respeto de los derechos humanos<sup>624</sup>. En consecuencia ha trabajado en este asunto que debe alcanzar próximamente un grado de madurez contrastado como *corpus iuris* para su ensamblaje con las normas de Derecho Internacional<sup>625</sup> y que será una hoja de ruta que garantizará una *apropiada*

---

señalado que la vulnerabilidad de individuos y grupos sociales como los migrantes, está determinada por la “...carencia relativa o absoluta de recursos simbólicos, sociales, emocionales o materiales, o por la dificultad o imposibilidad de su uso en un determinado contexto histórico, debido a constricciones institucionales, políticas, económicas, sociales o culturales. La falta efectiva de estos recursos es lo que hace a ciertos tipos de migrantes más vulnerables que a otros” (AYSA-LASTRA y CACHÓN (2015) p. 11); por su parte, en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a considerar la posibilidad de elaborar principios rectores no vinculantes y directrices voluntarias sobre el trato de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad, mediante un proceso dirigido por los Estados y además se comprometieron a iniciar un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminarán con la aprobación de un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular que podría incluir elementos para la protección efectiva de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Para más información, véase sitio web oficial de ACNUR, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, disponible en: <<https://www.acnur.org/declaracion-de-nueva-york-sobre-refugiados-y-migrantes.html>>, fecha de consulta: 13 enero 2018.

<sup>620</sup> CIDH (2013) p. 42.

<sup>621</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A nº 18) párr. 112.

<sup>622</sup> Para mayor abundamiento de este tema, véase WEINZIERL (2007).

<sup>623</sup> El artículo 1 de la directiva retorno indica *a priori* que no se trata de establecer procedimientos ni estándares comunes sino mínimos y los Estados pueden mejorar las condiciones, como se indica en art. 4.3 “...será sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a las que se aplican siempre que dichas disposiciones sean compatibles con la directiva”.

<sup>624</sup> Al permitir un período prolongado de detención previa a la expulsión, “...la Unión Europea (...) ha dado un ejemplo especialmente inadecuado al resto del mundo” (BALDACCINI (2009) p. 137).

<sup>625</sup> En la doctrina, véase WOUTERS (2010).

regulación de los flujos migratorios en cualquier lugar del mundo<sup>626</sup> como consecuencia de la visión de la UE en el escenario internacional como una potencia normativa y su magnético *valor añadido europeo* que lleva a muchos Estados en diversos terrenos a vincularse a las políticas europeas<sup>627</sup>.

### 3.1. Generalidades sobre detención administrativa y expulsión de inmigrantes.

En el marco del derecho de la UE, la detención vinculada al asilo o al retorno está regulada por dos regímenes jurídicos distintos<sup>628</sup>. Para las personas sujetas al procedimiento de retorno, en el artículo 15 de la directiva retorno<sup>629</sup>; en tanto que para los solicitantes de asilo, en el artículo 8 de la *Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros*<sup>630</sup>, refundida por la reciente *Directiva 2013/33/UE<sup>631</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional*<sup>632</sup> (en lo sucesivo, directiva recepción), y por el artículo 28 del Reglamento [UE] 604/2013<sup>633</sup> (en lo sucesivo, Reglamento de Dublín).

El Consejo de la Unión Europea inició el trabajo para la armonización de estándares y procedimientos relativos a la expulsión de nacionales de terceros países residentes ilegales en 2005 y no fue hasta diciembre de 2008 cuando se alcanzó un compromiso que llevó a la

---

<sup>626</sup> Estas normas fueron duramente criticadas por países y organizaciones regionales latinoamericanas, Mercosur, OEA, UNASUR, Comunidad Andina que hoy día son espacios de atracción migratoria y que no deben mirar a los principios que en su origen criticaron, especialmente por cuanto al derecho a la libertad personal, derecho de menores, y el principio de *non refoulement*; Sobre la primera, véase *Declaración de los países del MERCOSUR ante la “Directiva de retorno de la Unión Europea”*, Para más información, véase sitio web oficial de HOY, disponible en: <<http://hoy.com.do/mercosur-manifiesta-%C2%93rechazo%C2%94-a-la-directiva-de-retorno-de-la-ue/>>, fecha de consulta: 23 enero 2019; sobre la segunda, para más información, véase sitio web oficial de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Acción de la OEA sobre la Directiva de Retorno de la UE en materia migratoria, CP/RES.938*, disponible en: <<http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res938.asp>>, fecha de consulta: 23 enero 2019. Adicionalmente, para más información, véase sitio web oficial de *Declaración de la Unión de Naciones Suramericanas sobre la “directiva de retorno” de la Unión Europea*, disponible en: <<https://unasur.webcindario.com/documentos.html>>, fecha de consulta: 23 enero 2019. Su adopción ha levantado altas cantidades de críticas por parte de diferentes organizaciones internacionales provenientes de América Latina (ARCARAZO (2009) p. 2; ACOSTA (2009) pp. 19-39; CERIANI (2011) pp. 69-82).

<sup>627</sup> Véase Directiva 2008/115/CE de 2008, considerando 19. En más detalle sobre este argumento de espacio modelo véase, CANDAS (2012).

<sup>628</sup> Así lo ha señalado el TJUE en dos significativos fallos. En *Kadzoev*, este Tribunal precisó que, en relación con el internamiento a efectos de la expulsión regulado por la directiva retorno, y la detención de un solicitante de asilo, en especial en virtud de las Directivas 2003/9 y 2005/85 están sujetos a regímenes jurídicos diferentes (TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 45). Este criterio fue reiterado en un caso de data más reciente por el mismo Tribunal, TJUE, *Caso Mehmet* (2013, C-534/11) párr. 52.

<sup>629</sup> Directiva 2008/115/CE, de 2008.

<sup>630</sup> Directiva 2003/9/CE, de 2003.

<sup>631</sup> Directiva 2013/33/UE, de 2013.

<sup>632</sup> Según la Directiva 2011/95/UE, se entiende como *persona con derecho a protección subsidiaria*, al nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país, Directiva 2011/95/UE, de 2011.

<sup>633</sup> Directiva 2013/32/UE, de 2013.

adopción de la directiva retorno, implementada por los Estados miembros en 2010 –entre otras razones–, debido a la aplicación por primera vez del procedimiento de codecisión, en el cual el Parlamento tiene un papel legislativo similar al del Consejo de la Unión Europea<sup>634</sup> que aumenta el nivel democrático de las medidas del ELSJ.

Como lo señala el tercer considerando del preámbulo de la directiva retorno, un documento previo en el que se inspiró esta directiva fue el de las *Veinte directrices sobre el retorno forzoso*<sup>635</sup> adoptadas el 4 de mayo de 2005. Como lo señala el preámbulo de la directiva retorno, se trata de un conjunto mínimo de garantías jurídicas<sup>636</sup> respecto a las decisiones relativas al retorno, aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, permanencia o residencia en un Estado miembro. Se han codificado así en un único instrumento jurídico las garantías y derechos reconocidos a las personas objeto de una decisión de expulsión, por lo que no deja de ser considerado como un medio jurídico necesario para la homogeneización de los procesos de expulsión de los países miembros de la UE<sup>637</sup>.

La directiva retorno es objeto de revisión por la Comisión Europea (en lo sucesivo, CE) cada tres años, quien a su vez puede iniciar procedimientos contra los Estados miembros por incumplimiento<sup>638</sup>. Sus disposiciones son aplicables inmediatamente a los efectos posteriores de decisiones anteriormente adoptadas por los Estados en base a normas nacionales anteriores al momento en que esta norma de mínimos empezó a ser aplicable<sup>639</sup>. Hasta la fecha muchas de las disposiciones de esta directiva no han sido transpuestas por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales<sup>640</sup>, por lo que la jurisprudencia del TJUE tendrá capital importancia para alcanzar su objetivo armonizador. Por otra parte, estos instrumentos se enmarcan en la solución de ingeniería diplomática conocida como de geometría variable *opt in– opt out*, esto es, un espacio flexible que permite que miembros de la UE se mantengan al margen de su aplicación –por ejemplo el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en razón de la sensibilidad de la cuestión migratoria para su electorado– y que otros – Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein– que no son miembros de pleno derecho de la UE pero unidos a ésta por una fuerte sinergia y dependencia, participen en el sistema de regulación de flujos migratorios.

### 3.1.1. La función armonizadora de las directivas europeas.

En la directiva retorno –por tratarse de un conjunto mínimo de garantías jurídicas respecto de las decisiones de retorno– está presente el *principio de la norma mínima o mínimos*, es decir, un mínimo común normativo de normas y procedimientos comunes a los Estados miembros para el retorno de los inmigrantes irregulares que sea compatible con todas las disposiciones más favorables que las instituciones comunitarias y sus Estados miembros decidan mantener o adoptar<sup>641</sup>. Esta directiva establece un *estándar mínimo* de protección de

<sup>634</sup> ACOSTA (2009) pp. 19-39.

<sup>635</sup> CONSEJO DE EUROPA (2005).

<sup>636</sup> Para lograr esta aplicación uniforme de la directiva retorno también se ha preparado un manual que contenga directrices, mejores prácticas y recomendaciones, *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA (2015).

<sup>637</sup> FAJARDO (2009) p. 493.

<sup>638</sup> BALDACCINI (2009) pp. 114-138.

<sup>639</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 40.

<sup>640</sup> COMISIÓN EUROPEA (2014).

<sup>641</sup> FAJARDO (2009) p. 468.



los derechos fundamentales procesales de los extranjeros, aunque la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de la directiva pretende reconducirla hacia una línea garantista –si bien con cierta tibieza– lo que le sitúa en el punto de mira para reconducir la política migratoria europea hacia un verdadero espacio de seguridad pero también de libertad y, sobre todo, de justicia<sup>642</sup>, aspectos positivos que pueden incorporarse como propuestas desde una perspectiva del derecho internacional hacia el derecho nacional, ante la necesidad de disponer de un conjunto de buenas prácticas para impedir la violación de los derechos humanos de los migrantes en aquellos países que buscan modelos de gestión migratoria.

De entrada, debe acotarse que la directiva retorno solo versa sobre el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular y, por tanto, no tiene por objeto armonizar totalmente las normas de los Estados miembros en materia de residencia de extranjeros<sup>643</sup>. Así pues, las normas y los procedimientos comunes instaurados por esta directiva solo tienen por objeto –según la interpretación que ha efectuado al respecto el TJUE– la adopción de decisiones de retorno y la ejecución de tales decisiones<sup>644</sup>. Su propósito se centraliza en la configuración de una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas bajo el respeto pleno de sus derechos humanos y su dignidad<sup>645</sup>. En este sentido, el objeto perseguido por esta directiva es el de armonizar normas y procedimientos de los Estados miembros de la UE en lo tocante al retomo voluntario o forzoso de las personas extranjeras nacionales de terceros países en situación irregular; lo que no implica una armonización total de las normas nacionales en asuntos de extranjería<sup>646</sup>.

En este propósito armonizador, la directiva retorno establece el principio de la detención como último recurso y un marco jurídico para el ejercicio de las facultades de los Estados miembros en materia de detención, lo que permite superar las discrepancias existentes hasta ahora entre las normativas y prácticas de los Estados miembros.

Asimismo, cónsono con su intención armonizadora, otro de los objetivos contenidos en el artículo 11.2 de la directiva retorno<sup>647</sup> consiste en garantizar que la duración de una prohibición de entrada no exceda de cinco años, a menos que la persona constituya una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional<sup>648</sup>.

Acorde con lo anterior, puede afirmarse que la aportación que ha realizado la UE con esta directiva ha sido el establecimiento de límites y garantías procedimentales aplicables en el territorio de los Estados miembros, requiriendo que se utilicen siempre como último recurso y que sean proporcionadas<sup>649</sup>.

---

<sup>642</sup> REIG (2015) p. 123.

<sup>643</sup> TJUE, *Caso Celaj* (2015, C-290/14) párr. 20.

<sup>644</sup> TJUE, *Caso Achughbalian* (2011, C-329/11) párr. 29.

<sup>645</sup> TJUE, *Caso El Dridi* (2011, C-61/11) párr. 31. Aquí se reproduce el considerando 2º de la directiva retorno.

<sup>646</sup> Véase, TJUE, *Caso Achughbalian* (2011, C-329/11) párr. 28. Y en el mismo sentido, véase TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11) párr. 31.

<sup>647</sup> Véase, Directiva 2008/115/CE, de 2008. En su artículo 11.2, esta directiva europea reza lo siguiente: “La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”.

<sup>648</sup> TJUE, *Caso Filev y Osmani* (2013, C-297/12) párr. 32.

<sup>649</sup> FAJARDO (2009) p. 468.

### 3.1.2. La detención administrativa de inmigrantes.

La directiva retorno no define la detención. De hecho, no regula la detención en sus aspectos más básicos y tampoco se opone<sup>650</sup>, pues corresponde al derecho nacional el determinar los requisitos de la detención inicial de los nacionales de terceros países sospechosos de hallarse en situación irregular en un Estado miembro<sup>651</sup>. En relación con la aplicación de la detención preventiva prevista en una normativa nacional que establece en caso de entrada irregular una pena de prisión, la directiva retorno se opone a que un nacional de un país no perteneciente a la UE pueda ser encarcelado –antes de que se le aplique el procedimiento de retorno– por el mero hecho de haber entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro<sup>652</sup>, lo que viene a constituir un parámetro de resguardo en materia de detenciones de inmigrantes irregulares. Pero esta directiva no impide las detenciones preventivas de personas extranjeras en situación irregular, aunque tampoco las legítimas<sup>653</sup>. Solo permite la detención de nacionales de terceros países para preparar el retorno o para tramitar el proceso de expulsión, solo si existe una perspectiva razonable de expulsión en un plazo razonable y únicamente cuando existe riesgo de fuga u otras injerencias graves en tales procesos<sup>654</sup>.

A diferencia de la directiva retorno, la directiva recepción define la detención como el confinamiento de un solicitante de asilo por un Estado miembro de la UE en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación. En su ámbito de aplicación, la decisión de mantener a la persona extranjera en un centro de internamiento –así como el periodo de privación de libertad– no debe considerarse como un internamiento a efectos de expulsión en el sentido de su artículo 15<sup>655</sup>. La directiva recepción en su artículo 8.2 señala que se permite la detención de solicitantes de asilo cuando esta medida sea considerada como necesaria a partir de una evaluación individual y no es posible aplicar efectivamente otras medidas alternativas menos coercitivas. De hecho, el artículo 8.4 de la referida directiva constriñe a los Estados a prever alternativas a la detención en el Derecho nacional que contienen las obligaciones de: presentación de informes regulares, entrega de pasaporte o documento de viaje, condiciones de residencia, libertad bajo fianza o sin fianza, requisitos de fiador, entre otras opciones.

Sobre el tiempo de la detención y su procedencia, la directiva retorno en su artículo 15.5 establece que la detención se ha de mantener mientras esta sea necesaria para garantizar que la expulsión sea tramitada de manera satisfactoria, debiendo existir elementos claros y pertinentes que justifiquen la necesidad de la detención más allá de una mera afirmación. Por ello, se debe sopesar si la detención es proporcionada respecto del objetivo que se pretende alcanzar, o si la expulsión se podría realizar de manera satisfactoria aplicando medidas menos restrictivas que sean alternativas a la detención. Mediante la aplicación del principio de proporcionalidad se logra que la privación de libertad de una persona –que está ante un trámite de expulsión o de extradición– no se prolongue durante un período de tiempo irrazonable; dicho de otra forma, que esa detención no exceda del plazo necesario para lograr

<sup>650</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 29.

<sup>651</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 30.

<sup>652</sup> LLESIC (2016) p. 3.

<sup>653</sup> LANCHI (2013) p. 213.

<sup>654</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) pp.157, 160.

<sup>655</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 48.

el fin perseguido<sup>656</sup>. Esta duración máxima no necesariamente debe agotarse, por lo que, si desaparece la perspectiva razonable de expulsión –cuando la expulsión no pueda ser llevada a buen término o cuando existe poca posibilidad que el interesado sea admitido en un tercer país–; o dejan de cumplirse las condiciones para el internamiento, este deja de estar justificado<sup>657</sup>.

La directiva retorno en su artículo 15.5 y 6 prevé un tiempo máximo de detención de 6 meses, duración que en circunstancias excepcionales puede ser prorrogado por otros 12 meses adicionales para un total de 18 meses de detención. Tales casos que justifican esta prórroga excepcional son la falta de cooperación o los obstáculos para la obtención de la documentación de viaje necesaria. Antes de llegar a una prórroga excepcional será necesario que las autoridades hayan desplegado todos los esfuerzos razonables para expulsar al individuo<sup>658</sup>. Sin embargo, una vez agotado el tiempo máximo de internamiento de 18 meses, la directiva retorno exige que la persona sea puesta en libertad inmediatamente. En estos casos no se puede extender la detención, ni siquiera ante la concurrencia de circunstancias que en su oportunidad justificaron la prórroga excepcional del internamiento<sup>659</sup>. Es posible permitir la permanencia a la espera del resultado del procedimiento de obtención de la autorización de estancia, aunque no es obligatorio como si ocurre con los solicitantes de asilo. Si bien el considerando 12 de esta directiva toma en cuenta la situación de ciertos extranjeros en situación irregular que no pueden ser expulsados –señalando que los Estados deben confirmar a esas personas su situación por escrito–, ello no se refleja en su parte dispositiva. Por ello, la directiva retorno no afronta el estatuto de los solicitantes ni el de aquellos que han de ser liberados por haber transcurrido el tiempo máximo de detención pero que aún no tienen permiso de estancia<sup>660</sup>. Además, respecto de la prórroga excepcional referida en el párrafo anterior, Ceriani ha precisado que la posibilidad de adicionar 12 meses más al plazo de detención es cuestionable por su justificación, ya que la justificación basada en la *falta de cooperación* de la persona, controvierte el derecho a no declarar contra sí mismo y la causal relativa a las *demoras en la documentación que deban expedir terceros países*, afectaría principios centrales del DIDH, por tratarse de un Estado restringiendo un derecho fundamental por la actuación de otro Estado<sup>661</sup>.

Por su parte, la directiva recepción regula las condiciones de la detención de solicitantes de asilo. En su artículo 9.1, esta directiva precisa que la detención ha de ser lo más breve posible y, en tal sentido, en su artículo 10 se regulan las condiciones de detención de estos solicitantes. En este orden de ideas, hemos de tener presente la realidad respecto del manejo en los flujos migratorios de la UE. Como señala Arlettaz, “no solo los flujos migratorios pueden ser mixtos, sino que también las razones que impulsan a una persona a migrar pueden ser una combinación de restricción de las libertades y necesidades

<sup>656</sup> LANCHI (2013) p. 219.

<sup>657</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 65 y 66.

<sup>658</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 169.

<sup>659</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 68 al 71.

<sup>660</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 54. En relación con la situación de las personas no expulsadas, resulta oportuno mencionar lo ocurrido en el asunto *Kadzoev*, ventilado ante el TJUE, en el que un solicitante de asilo que no podía ser expulsado fue puesto en libertad tras una detención que había excedido el periodo máximo de detención, pero que, una vez puesto en libertad “...el solicitante se encontró privado de estatuto y documentos y en la indigencia, pues la legislación búlgara no le concedía estatuto alguno aunque no pudiera ser expulsado”, TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09).

<sup>661</sup> CERIANI (2009) p. 90.

económicas”<sup>662</sup>. Por ello, revisten de especial interés las garantías que se ofrecen a los solicitantes de protección internacional una vez que llegan a las fronteras de los Estados miembros de la UE. Más claridad en cuanto a estas garantías se encuentran especificadas en la Directiva 2013/32/UE (en lo sucesivo, *directiva asilo*)<sup>663</sup>, que contiene normas muy precisas para los procedimientos comunes de concesión o retirada de la protección internacional y se aplica a las solicitudes de asilo presentadas en el territorio de los Estados miembros de la UE que han de aplicarla, en particular en las fronteras, en las aguas territoriales y en las zonas de tránsito. Según esta directiva, los solicitantes de asilo y las personas a su cargo han de tener acceso a procedimientos de asilo, sometiéndose a una entrevista personal celebrada en un entorno confidencial, normalmente sin la presencia de miembros de la familia del solicitante, redactándose a continuación un informe escrito que será puesto a disposición del solicitante. El examen de una solicitud de asilo debe respetar los requisitos procesales señalados en esta directiva. Las decisiones sobre las solicitudes de asilo serán emitidas por la autoridad responsable lo más rápidamente posible y en un plazo máximo de seis meses, salvo ciertas circunstancias<sup>664</sup> en las que el examen podrá prolongarse hasta un máximo de 21 meses. Según el artículo 33 de la *directiva asilo*, los Estados miembros no estarán obligados a examinar las solicitudes inadmisibles.

### 3.1.3. La expulsión y el derecho de no devolución.

Se ha señalado que cualquier forma de expulsión con arreglo a la *directiva retorno* se debe realizar de conformidad con el derecho de asilo y el principio fundamental del derecho internacional de no devolución o *non-refoulement*<sup>665</sup>. En el derecho de refugiados este principio existe desde 1933 y una de las limitaciones más fuertes sobre el derecho de los Estados a controlar la entrada en su territorio y expulsar a los extranjeros como una expresión de su soberanía. Se trata de una disposición de derecho internacional consuetudinario vinculante para todos los Estados cuya base jurídica, en el derecho internacional de los derechos humanos, recae en la obligación de todos los Estados de reconocer, garantizar y proteger los derechos humanos de todas las personas presentes dentro de su jurisdicción y en la necesidad de que se interprete un tratado de derechos humanos con el propósito de hacer que sus salvaguardias sean prácticas y efectivas<sup>666</sup>.

El artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la UE de 2012 (en lo sucesivo, *TFUE*), precisa que la UE debe desarrollar una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que garantice el principio de no devolución, ajustándose a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo y a los demás tratados pertinentes, tales como el CEDH, la CDN, la CCT, el PIDCP y el PIDESC. En el marco de esta política se han adoptado medidas del acervo de la UE en

---

<sup>662</sup> ARLETTAZ (2016) p. 3.

<sup>663</sup> Directiva 2013/32/UE, de 2013.

<sup>664</sup> El artículo 31.3 y 4 de la Directiva 2013/32/UE, contempla ciertas situaciones —señalando: situaciones complejas de derecho; gran número de solicitudes de asilo internacional que dificulten la conclusión del proceso en el lapso de seis meses o cuando no quepa esperar razonablemente que la autoridad decisoria adopte una resolución en dicho plazo; e incluso ante el incumplimiento de las obligaciones que impone la directiva en su artículo 13 por parte del solicitante— bajo las cuales se permite a los Estados la ampliación del lapso inicial de 6 meses contemplado en la *directiva asilo*.

<sup>665</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 70.

<sup>666</sup> INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (2014) p. 109.

materia de asilo que incluyen el Reglamento de Dublín, la Directiva 2011/95/UE<sup>667</sup> (en lo sucesivo, directiva reconocimiento), la directiva asilo y la directiva recepción.

El derecho de la UE prohíbe la expulsión de un solicitante de asilo y en este orden de ideas, el artículo 9.1 de la directiva asilo, establece que la presencia del solicitante de asilo en el territorio de un Estado miembro de la UE es legal y por ende quedará autorizado a permanecer en el Estado miembro hasta que se haya tomado una decisión por la autoridad responsable<sup>668</sup>, pero esta prohibición de expulsión admite ciertas excepciones, en concreto, para el caso de solicitudes posteriores<sup>669</sup>.

Aunque el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 prevé el principio de no devolución a favor del solicitante de asilo, ni este artículo ni los 17 y 21 de la directiva reconocimiento prohíben de manera absoluta tal devolución, por lo que, la expulsión de un refugiado<sup>670</sup> está permitida solo en circunstancias muy excepcionales, basadas en el peligro a la seguridad del Estado de acogida o cuando, tras cometer un delito grave, la persona supone un peligro para la comunidad.

La primera restricción —el peligro para la seguridad nacional— debe referirse a un peligro en el futuro y no solo basado en conductas pasadas. Si bien las autoridades tienen una cierta discrecionalidad en la identificación del peligro, deben conducir una evaluación individual sobre si hay *motivos razonables* para considerar al refugiado como un peligro para la seguridad nacional. Ello basado en los principios de necesidad y proporcionalidad, considerando: la gravedad del peligro para la seguridad nacional; la probabilidad de la realización del peligro y su inminencia; si el peligro para la seguridad se disminuiría significativamente por la expulsión del sujeto; la naturaleza y gravedad de los riesgos para el individuo tras la devolución; así como otras vías que se puedan hallar ya sea en el país de refugio o en un tercer Estado seguro<sup>671</sup>.

La segunda restricción referida al peligro para la *comunidad* interesa a la seguridad y el bienestar de la población en general, en contraste con la seguridad nacional que se refiere a los intereses del Estado<sup>672</sup>. El requisito de haber sido condenado por una sentencia definitiva de un crimen especialmente grave debe entenderse de manera análoga con la exclusión cláusula de la letra b) del artículo 1F, que se aplica a quienes hayan cometido graves delitos no políticos fuera del Estado de refugio antes de su admisión en el país como refugiado. Se colige que, para que no repita la disposición de exclusión, el artículo 33.2 se

<sup>667</sup> Directiva 2011/95/UE, de 2011. Esta directiva incorporó al derecho de la UE un conjunto de normas comunes que deben cumplirse para obtener la condición de refugiado o persona necesitada de protección internacional que incluye los derechos y deberes que conlleva esta protección, un elemento clave de la cual es la no devolución con arreglo al artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

<sup>668</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 47.

<sup>669</sup> Estas excepciones están limitadas a los casos en los que una persona haga una solicitud posterior, tal como se describe en el artículo 41 de la referida directiva, o cuando vayan a entregar o a extraditar a una persona, sea a otro Estado miembro o a un tercer país, o ante órganos jurisdiccionales penales internacionales.

<sup>670</sup> La Convención sobre el Estatuto de Refugiado aplica el termino refugiado/a la o las personas que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”, *Cfr.* Artículo 1.a.2 de la La Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951.

<sup>671</sup> INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (2014) p. 111.

<sup>672</sup> Directiva 2013/32/UE, de 2013.

refiere necesariamente solo a delitos particularmente graves cometidos con posterioridad a la admisión como refugiado<sup>673</sup>.

Pero contrariamente a la Convención de Ginebra sobre Refugiados, la directiva reconocimiento combina los motivos de restricción del refugiado con las cláusulas de exclusión para refugiados, incluyendo entre los motivos de revocación, terminación o negativa a conceder o renovar el estatuto de refugiado y entre la exclusión cláusulas de protección subsidiaria a personas que constituyen un peligro para la comunidad o la seguridad del Estado de refugio o de protección. Esta diferencia sugiere una interpretación bastante extensa de estos motivos para la exclusión del estatuto de refugiado, que no necesariamente estaría en línea con la Convención de Ginebra sobre Refugiados.

Además, de acuerdo con el Derecho de la UE hay ciertas categorías de nacionales de terceros países que gozan de un nivel más elevado de protección contra la expulsión –los que poseen la condición de residentes de larga duración, los nacionales de terceros países que son miembros de la familia de nacionales de la UE o del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, EEE)<sup>674</sup> que han ejercido su derecho de libre circulación y los nacionales turcos–, a los que la directiva retorno no se aplica y cuya situación esté regulada por la Directiva sobre libre circulación 2004/38/CE<sup>675</sup> (En lo sucesivo, directiva circulación), que contiene garantías procesales en el contexto de las limitaciones de la entrada y la residencia por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública<sup>676</sup>.

En todo caso, la responsabilidad del Estado que expulsa no acaba en la expulsión<sup>677</sup>. La UE no tiene claro cómo enfrentarse con éxito al fenómeno de la inmigración irregular brindando respuestas que son restrictivas y estandarizadas entre los Estados miembros. En este sentido, según lo precisa Ortega, su propósito ha sido el de alcanzar la expulsión de aquel sujeto que no ostente la ciudadanía europea y que se encuentra en situación irregular, caso en el que la cooperación internacional se muestra como un factor clave para la consecución de estos objetivos en asuntos de migración irregular<sup>678</sup>. En el *asunto TI c. Reino Unido*<sup>679</sup> el TEDH afirmó que el Estado que expulsa a una persona debe asegurarse que el Estado receptor no la remitirá a un tercer Estado si hay riesgo para su vida o integridad física<sup>680</sup>, asunto de relevancia actual debido a los numerosos países con conflictos civiles<sup>681</sup>.

<sup>673</sup> Directiva 2013/32/UE, de 2013.

<sup>674</sup> Sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), véase, MANGAS y LIÑÁN NOGUERAS (2002).

<sup>675</sup> Directiva 2004/38/CE, de 2004.

<sup>676</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 116.

<sup>677</sup> En su informe de 2010, el Comisario de Derechos Humanos, Sr. Hammarsberg describió las medidas de la Unión y de sus Estados miembros relacionados a la criminalización de los migrantes, concluyendo que existía un avance notable en el discurso de la *ilegalidad* en la política y derecho migratorio. En relación con los derechos humanos, todas las medidas europeas, al menos sobre el papel mantienen que observan las obligaciones de la Unión Europea con los derechos fundamentales. Sin embargo, el reconocimiento de estos compromisos no parece que influya en lo más mínimo su práctica hacia la criminalización de la migración, véase CONSEJO DE EUROPA (2010).

<sup>678</sup> ORTEGA (2014) p. 676.

<sup>679</sup> TEDH, *Caso T. I. contra Reino Unido* (2000, aplicación nº 43844/98). En lo que es una jurisprudencia de larga data del Tribunal que iniciara en el arquetípico asunto Soering, desde la perspectiva de la cooperación penal internacional. También véase, NIETO (2010); y desde el punto de vista del Derecho Internacional, véase ROLDAN (1990).

<sup>680</sup> En lo que se conoce como *expulsión indirecta*. Sobre esto véase, LAUTERPACHT y BETHLEHEM (2003).

<sup>681</sup> Por ejemplo, en el *Caso Hirsi Jamaa y otros* contra Italia, el TEDH condeno a Italia por infringir varios artículos del CEDH al deportar ciudadanos somalíes y eritreos a Libia, país del cual habían salido dichos

### 3.1.4. La promoción del retorno voluntario.

La directiva retorno contiene un procedimiento detallado, obligatorio para los Estados miembros, dividido en fases (procedimiento bifásico) y gradual, que contempla un primer momento en el que al inmigrante irregular se le notifica una decisión de retorno, cuyo cumplimiento –con un plazo general de entre 7 y 30 días para efectuar esa salida– si se ejecuta a través de la salida voluntaria; y, un segundo momento, en caso de que esta salida voluntaria no se haya producido, en el que se procede a la ejecución forzosa<sup>682</sup>.

En este contexto, la directiva retorno da prioridad a la salida voluntaria del inmigrante irregular, determinando un lapso de entre 7 y 30 días para partir en base al acatamiento voluntario de la decisión que ordena el retorno<sup>683</sup>. Este plazo puede ser prorrogado durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, pero en caso de no ocurrir la salida de la zona europea por parte del inmigrante en referido plazo, se prevé el internamiento de este por periodos de hasta 12 meses, lo que significa una privación de la libertad por residir de manera irregular en territorio europeo. Cada Estado tiene períodos de retención divergentes que no podrán superar los seis meses<sup>684</sup>.

Sin embargo, en la directiva retorno se promueve el principio del retorno voluntario antes que la expulsión gracias a dos medidas: la posibilidad de contar con un plazo de salida y el no soportar una prohibición de entrada, para aquellas personas que lo soliciten<sup>685</sup>. En el marco de esta normativa europea, cuando se trata de individuos sujetos a una prohibición de entrada impuesta en virtud de una orden de retorno, el máximo órgano judicial ha señalado que dicha prohibición no debería sobrepasar los cinco años<sup>686</sup>. Por ello, para que un Estado miembro pueda conceder un visado a un individuo sujeto a una prohibición de entrada o admitirlo, el Estado miembro que haya emitido la prohibición tendrá que retirarla previamente, lo que plantea dudas acerca de la proporcionalidad de una prohibición para todo el *espacio Schengen*, especialmente en situaciones que afecten a otros derechos fundamentales, como la reagrupación familiar<sup>687</sup>. Aquí adquiere relevancia el considerando 6 de la directiva retorno señala que las decisiones adoptadas, en virtud de ese texto normativo, deben ser de forma individualizada y fundamentadas en criterios objetivos, considerando todos los factores además del mero hecho de la situación irregular.

---

ciudadanos, TEDH, *Caso Hirsi Jamaa y otros* contra Italia (2012, aplicación nº 27765/09). El TEDH comprobó la misma violación del artículo 19 de un texto comunitario: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referido al principio consuetudinario internacional del *non-refoulement*, y no estimó como exoneración los acuerdos bilaterales firmados por Libia e Italia ni las obligaciones internacionales contraídas por el país norteafricano, sino su práctica efectiva respecto al trato de extranjeros, si bien admitió la gran presión migratoria, a la que están sometidos los países meridionales de la Unión, una presión que no ha dejado de crecer y convertirse en un drama humano, y siendo que la actuación italiana tuvo lugar en alta mar, el Tribunal consideró que se trataba de un ejercicio de la jurisdicción por parte de Italia puesto que los hechos tuvieron lugar a bordo de sus buques de guerra, en el sentido del artículo 1 del CEDH. También, véase CARRILLO (2013) pp. 288, 289; MORENO (2012) pp. 574-598. Sobre la responsabilidad de los Estados miembros de la UE por violación del Convenio Europeo imputable al funcionamiento del derecho comunitario, véase, BULTRINI (2002) pp. 5-43; HOFFMEISTER (2010) pp. 731-734.

<sup>682</sup> LANCHI (2013) pp. 215, 216.

<sup>683</sup> Véase artículo 7, Directiva 2008/115/CE, de 2008.

<sup>684</sup> V.g. en Francia el máximo es de 30 días, en España de 40 y en Malta de 18 meses. En siete países (entre ellos, Luxemburgo, Suecia y Holanda) estos períodos, antes de la directiva, eran ilimitados.

<sup>685</sup> FAJARDO (2009) p. 468.

<sup>686</sup> TJUE, *Caso Filev y Osmani* (2013, C-297/12).

<sup>687</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 34.

### 3.1.5. La detención administrativa y expulsión frente al derecho penal: un delgado vínculo.

Con el tiempo, la legislación migratoria ha evolucionado desde un proceso civil principalmente administrativo hasta el sistema actual que está entrelazado con el derecho penal. La respuesta a esta alianza puede estar en la función central que desempeñan tanto la ley de inmigración como la ley penal en la sociedad, ya que ambos sistemas actúan como guardianes de la *membresía* en la sociedad, determinando si un individuo debe ser incluido o excluido de la sociedad pero con resultados dispares: la decisión de excluir en el derecho penal se traduce en la segregación dentro de la sociedad a través del encarcelamiento, mientras que la exclusión en la ley de inmigración opera en la separación de la sociedad a través de la expulsión del territorio nacional<sup>688</sup>.

Esta preocupación por la nueva vía de utilización asimétrica o *interesada* de mecanismos propios del derecho penal para controlar la inmigración irregular presenta graves riesgos –desde la perspectiva de los derechos humanos– al carecer de las garantías de éste. Y es que la entrada irregular a un Estado nunca debiera ser considerado un delito penal, ya que estos actos no son en sí mismos crímenes contra la seguridad, la propiedad o seguridad nacional. En este orden de ideas, los inmigrantes irregulares no debieran ser tratados como criminales<sup>689</sup>, pues su detención no obedece a consecuencias por la comisión de delitos sino a la necesidad de resolver su situación migratoria (Para mayor abundamiento sobre este particular, véase *Parte Primera, Capítulo II, 1.2.1. Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular*).

En contraste con la expansión de los motivos de deportación basados en el crimen, esta tendencia de criminalizar el movimiento no autorizado a través de la frontera se dirige a un grupo diferente de *no ciudadanos*, es decir, inmigrantes presentes ilegalmente y aquellos que se asocian con ellos. Esta intersección de Derecho penal con la inmigración<sup>690</sup> –etiquetado en la última década bajo el nombre de *crimmigration*– fomenta la expansión del poder hacia la regulación del crimen, la migración, la seguridad y la etnicidad, que atrae tanto a actores gubernamentales como a entidades privadas. Ya sea que la *crimmigration* tenga o no una categoría de ley, sigue siendo un campo activo, flexible y fértil para las innovaciones en la legislación a nivel local, nacional y transnacional, y para nuevos enfoques de la policía, posibles gracias a la expansión de la discrecionalidad que el deslizamiento entre el derecho penal y la ley de inmigración fomenta<sup>691</sup>.

---

<sup>688</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 251.

<sup>689</sup> CRÉPEAU (2012) párr. 13.

<sup>690</sup> De acuerdo con Waasdorp & Pahladsingh, la fusión de la ley penal y la ley de inmigración en los EE. UU. no ocurrió accidentalmente, sino que ha sido resultado de una progresión lógica de elecciones deliberadas pues en la década de 1980 y 1990, la delgada pared entre ambas áreas de la ley colapsó. Estos autores afirman que la llamada *guerra contra las drogas* en EE. UU. inspiró una legislación que creó una categoría de motivos de deportación basada en una variedad de crímenes, independientemente de cuándo se cometieron, e hizo que muchos *no residentes* y *residentes a largo plazo* fueran vulnerables a la deportación, aumentando también los motivos de la deportación relacionada con las drogas y ampliando la categoría amorfa de crímenes que implican bajeza moral. Así, para los que no son ciudadanos, una condena penal repentinamente adquirió una nueva consecuencia importante (es decir, la deportación) que va más allá de la sentencia penal y opera de manera importante fuera de la estructura tradicional del sistema de justicia penal, WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 251.

<sup>691</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 251.



La detención administrativa de inmigrantes –a la que hace mención la directiva retorno y que a su vez esta también contemplada dentro de la directiva recepción–, se encuentra muy cercana a la delgada línea que divide el derecho migratorio del derecho penal. Un ejemplo de esta delgada línea lo constituyen las prohibiciones de entrada reguladas en esta, ya que existen leyes vigentes que penalizan la entrada y/o estancia ilegal, en diferentes formas, en la mayoría de los Estados miembros, quienes no debieran aplicar sanciones penales que solo disminuyen la eficacia de la directiva en cuestión<sup>692</sup>. Otro ejemplo, lo constituye el riesgo de fuga como requisito para proceder a la detención con fines de expulsión. Este requisito de *riesgo de fuga o la obstrucción del proceso* está enlazado al derecho procesal penal, en el cual la detención sólo es legítima cuando se utiliza como medida de *última ratio* y satisface todas las garantías procesales. No obstante, en el caso de la directiva retorno estamos ante una detención por una infracción administrativa, por lo que dicha medida debería ser aún más excepcional y debiese priorizarse cualquier otra medida alternativa –*aspecto que no se prioriza* según el 15.1 al primar la figura de la detención *salvo* que pudiera probarse la eficacia de otra medida–, lo que resulta contrario al principio *favor libertatis*<sup>693</sup>.

Sin embargo, dentro del sistema de competencias multinivel configurado en la UE, la adopción de medidas legislativas de carácter penal o procesal penal son solo competencia de los Estados miembros<sup>694</sup>. La directiva retorno no se opone a que un Estado miembro pueda calificar de delito la estancia irregular, así como establecer sanciones penales para desincentivar y reprimir la comisión de tal infracción de las normas nacionales de residencia<sup>695</sup>. Sin embargo, en base al Principio de Cooperación Leal<sup>696</sup> contenido en el artículo 4.3 del TUE, los Estados deben ajustar sus legislaciones en materia penal para respetar el derecho de la UE, ya que la aplicación de este principio no implica que el Derecho de la UE no pueda afectar a dicha rama del Derecho<sup>697</sup>, debiendo por ello adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la UE y, debiendo evitar cualquier acto que impida la consecución de los objetivos perseguidos por la UE incluyendo a los perseguidos por las directivas<sup>698</sup>.

Lo anteriormente señalado resulta de interés si se toma en cuenta la posible injerencia de competencias en las que se incurre con el contenido de ambos instrumentos normativos en lo tocante a la detención, en las que se evidencia el pronunciamiento por parte de la UE en asuntos que parecieran ser competencia de los Estados –como lo es el ámbito penal–, debido a la imprecisión en la naturaleza de tales mecanismos. Este comportamiento de la UE pudiera estar basado en la dialéctica de la *libertad vs. seguridad* comúnmente empleado en tiempos recientes. Después de los acontecimientos del 11 de septiembre, los esfuerzos antiterroristas emplearon tanto el control de la inmigración como el derecho penal para

<sup>692</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 263.

<sup>693</sup> CERIANI (2009) p. 90.

<sup>694</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 251.

<sup>695</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 11.

<sup>696</sup> Este principio, íntimamente vinculado con el principio de supremacía del derecho comunitario, es de carácter recíproco y que implica que la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. WEILER (1991) pp. 2403- 2483; para una versión más actualizada, véase REMIRO (2008) pp. 447-476.

<sup>697</sup> TJUE, *Caso El Dridi* (2011, C-61/11) párr. 53.

<sup>698</sup> TJUE, *Caso El Dridi* (2011, C-61/11) párr. 56.

reducir las amenazas terroristas y esta conexión de estas áreas del derecho se traduce en un mayor énfasis en crímenes que solo los *no ciudadanos* pueden cometer, lo que se evidencia no solo en el recientemente aumento del número y tipos de crímenes que resultaron en la deportación, sino también el cruce de fronteras que han dado las violaciones civiles para convertirse en ofensas criminales<sup>699</sup>.

### 3.1.6. Aspectos controvertidos de las directivas europeas.

Diversas organizaciones sociales y académicos han cuestionado ambas directivas - retorno y recepción-, aseverando la ausencia de garantías suficientes para la tutela de los migrantes y solicitantes de asilo. En relación con la terminología empleada, se ha criticado el empleo del término *ilegales* por criminalizar el fenómeno migratorio en términos de xenófobos, junto a otros términos —como *retorno o internamiento* en vez de *expulsión o detención o privación de la libertad*—, lo que dificulta la razonabilidad y adecuación del *internamiento* a las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la libertad personal<sup>700</sup>.

La detención<sup>701</sup> —que según las autoridades es necesaria para la preparación exitosa y la organización de las operaciones de retorno, cuyo corolario es la efectividad<sup>702</sup>— para la Academia y ONG, no sólo es inútil y absurda sino ilícita al constituir una forma de detención arbitraria en el sentido del CEDH<sup>703</sup>. La medida de detención de inmigrantes irregulares debe ser la última ratio del Estado luego de haber evaluado en cada caso su necesidad, asegurando que esta sea lo más breve posible u evitando su prolongación excesiva<sup>704</sup>. Los principales aspectos controvertidos de la directiva retorno giran en torno a la repatriación de los inmigrantes a su país de origen, a un país de tránsito con el que la UE tenga acuerdo de repatriación o a otro país al que inmigrante decida ir siempre y cuando sea admitido<sup>705</sup>. Según datos de 2015, más de un millón de migrantes sin visado llegaron a Europa ese año, lo que demuestra la dificultad para poner en marcha su expulsión<sup>706</sup>, lo que no es impedimento para que proliferen lo que se denomina una industria de la detención justificada en la necesidad de

<sup>699</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 251.

<sup>700</sup> ORTEGA (2014) p. 675.

<sup>701</sup> La detención se entiende como la privación de libertad, TEDH, *Caso Amuur contra Francia* (1996, aplicación n° 19776/92) párr. 43. La CDI ha definido la expulsión como "...un acto legal por el cual el Estado compele a un individuo o grupo de individuos de otro Estado a dejar su territorio" (KAMTO (2005) parr. 13).

<sup>702</sup> Sobre este aspecto, hay muchas interrogantes, por ejemplo, se ha observado en el plano de la UE que el número de personas detenidas y efectivamente deportadas es muy inferior a la planeada. Según estadísticas de *Migreurop*, la mitad de los detenidos nunca es deportada. En 2012, la CE registró 484, 000 órdenes de *regreso* y 178,000 migrantes fueron los que efectivamente abandonaron las fronteras europeas (COMISION EUROPEA (2014) parr. 4).

<sup>703</sup> Por ejemplo, TEDH, *Caso Bouamar contra Belgica* (1988, aplicación n° 9106/80); TEDH, *Caso Aerts contra Bélgica* (1998, aplicación n° 25357/94); TEDH, *Caso Enhorn contra Suecia* (2005, aplicación n° 71555/01).

<sup>704</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) parr. 2. La CIDH al evaluar la puesta en marcha de la directiva retorno, precisó sus preocupaciones ante la carencia de las garantías suficientes para asegurar el respeto de los derechos a los solicitantes de asilo e inmigrantes, reiterando el deber del derecho internacional de respetar el principio de *non refoulement* así como el debido proceso legal tanto de los solicitantes de asilo como de los inmigrantes independientemente de su estatus migratorio, véase, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008).

<sup>705</sup> Véase artículo 3, Directiva 2008/115/CE, de 2008.

<sup>706</sup> FARGUES (2016) p. 2.

crear más empleo<sup>707</sup>. En este sentido, resulta oportuno destacar que el empleo automático de la detención migratoria resulta contrario al umbral de protección del derecho a la libertad personal y a su carácter excepcionalísimo.

La medida de detención de los solicitantes de asilo y refugiados resulta contraria a la lógica de protección que debe orientar el accionar de los Estados respecto a estas personas, pues según el derecho internacional de los derechos humanos, la detención u otras restricciones a la libertad de circulación de solicitantes de asilo, refugiados, solicitantes de protección complementaria y apátridas solo son permisibles de forma excepcional, cuando sean legales, no arbitrarias, y se realicen con sujeción a las protecciones del debido proceso<sup>708</sup>. En este orden de ideas, aunque del análisis de estas directivas, ciertamente se aprecia la mención a grandes principios humanitarios consagrados en una pléyade de instrumentos internacionales y regionales; sus máximas declaratorias se encuentran en lugares simbólicos –como el *memorándum* o *preámbulo*–cuyo articulado no las formula *a posteriori*. Así, por ejemplo, en la directiva retorno la aplicación automática de prohibiciones de regreso asociada a todo procedimiento de expulsión es contraria a sus principios, cuyos puntos 6 y 14 del Preámbulo y su artículo 11 (2) estipulan que dichas prohibiciones se basaran en datos objetivos y que su duración será determinada tomando en consideración todas las circunstancias relevantes del caso individual. Y por su parte, la directiva Recepción –tras resultados de la evaluación negativa que hiciera la CE de su implementación en 2007– en la que se señaló que los Estados miembros permitían la detención de solicitantes de asilo por distintos motivos y con duración variable entre los mismos, quebrantando con ello la aspiración armonizadora. Así, se incluyeron salvaguardias en el Derecho de la UE para impedir que los solicitantes de asilo fueran detenidos en forma arbitraria y que la detención fuera utilizada como último recurso, garantizando una expulsión acorde al imperio de la ley y el respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de la libertad debe considerarse aún más elevado en el caso de la detención migratoria, debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal, lo que conlleva a su vez, a la prohibición de que los Estados utilicen esta medida con fines preventivos tendientes a disuadir la migración irregular<sup>709</sup>. Entendiendo que la inmigración irregular no debiera constituir una conducta penalmente sancionable pues solo se trata de una infracción a una normativa de tipo administrativo, y entendiendo además que el poder punitivo del Estado solo se ejerce ante situaciones de daño grave o que pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales, las sanciones penales por parte del Estado como respuesta a la inmigración irregular solo constituyen un ejercicio abusivo de su poder punitivo, ya que la infracción del inmigrante irregular no constituye una lesión a un bien jurídico fundamental<sup>710</sup>.

---

<sup>707</sup> Por ejemplo, en el Reino Unido, donde la gestión de la mayoría de los centros de detención se realiza por empresas privadas, las visitas están autorizadas, pero no así la toma de notas. El control de visitas puede ser tan exhaustivo como para registrar las huellas dactilares y la toma de fotografías. En muchos casos, los detenidos no tienen acceso a sus teléfonos portátiles o Internet, y se ven obligados a realizar sus llamadas, sin privacidad, desde cabinas telefónicas, tanto su número como horario es restringido.

<sup>708</sup> CIDH (2013) p. 191.

<sup>709</sup> CIDH (2013) p. 191.

<sup>710</sup> CIDH (2013) p. 195.

Además, en lo relativo al diseño, actualización o gestión de estas normas, la UE no puede proceder a la creación de agencias regulatorias o de monitorización<sup>711</sup>, la externalización, o una tutela *ex post*<sup>712</sup>, al margen de los principios generales del derecho internacional, sus costumbres y convenios, para crear una costumbre salvaje y contraria al propio germen del derecho internacional, por lo que el CdE se ha transformado en el *control de la consciencia democrática* de la UE, hasta que esta solventa su crisis que Habermas ha caracterizado como de legitimidad, solidaridad y confianza<sup>713</sup>. Los Estados no pueden dejar sin aplicación la directiva retorno y desconocer las ya escasas garantías de ésta a los migrantes a quienes se les haya denegado la entrada, o hayan sido *interceptados o detenidos por cruce irregular de las fronteras exteriores*, y que no hayan obtenido un permiso para permanecer<sup>714</sup>, pero con ello se ignora que las situaciones que excluye afectan a quienes migran en condiciones de mayor vulnerabilidad y desprotección, restringiendo enormemente la libertad de circulación, con lo que se frustra el objetivo invocado para justificar la formulación de la directiva: brindar una protección común *mínima* a todas las personas<sup>715</sup>.

Un balance adecuado entre los objetivos legítimos de los Estados en el control migratorio, por un lado, y el respeto del derecho a la libertad personal de los migrantes, por el otro, requieren del establecimiento de medidas alternativas a la detención que funcionen como la regla<sup>716</sup> y no como la excepción. Esto nos permite señalar que la implementación de leyes y políticas migratorias cada vez más restrictivas a lo largo de la historia de la migración internacional —frente al flujo actual y continuo de migrantes irregulares— sugiere que esta estrategia ha fallado en prevenir o reducir la migración irregular, teniendo por el contrario el efecto indeseado crearla y perpetuarla al disminuir los canales legales para migrar y el empleo formal<sup>717</sup>.

En cuanto al régimen de privación de libertad, si bien éste se prevé como una medida cautelar aplicable mientras se tramitan las gestiones para la expulsión, se trata de una lista abierta, pues la directiva menciona que esta medida se ha de ejecutar especialmente cuando

---

<sup>711</sup> V.g. la Agencia Europea de Gestión de Fronteras Exteriores. Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH (2011). Por citar un ejemplo, con competencias extendidas previstas en su Reglamento, Reglamento (UE) n° 1624/2016, de 2016. Este reglamento le otorga a la agencia la posibilidad de cooperar con terceros países en el marco de acuerdos de trabajo "...que han sido entendidos de forma amplia como acuerdos internacionales, o las operaciones conjuntas de expulsión de ahí que su presupuesto se haya incrementado sustancialmente, pasando de 6 millones de euros en 2005 a 86 millones en 2011" FRONTEX (2015); o el Agente de derechos humanos que depende de la Agencia, y por tanto no es un funcionario independiente. La *Agencia Europea de Derechos Fundamentales* que ha señalado sin mucha convicción que "...el mero hecho de que un inmigrante se halle en situación irregular no debe considerarse nunca causa suficiente para el internamiento." (EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2011) p. 19). Hemos de tener presente que esta agencia forma parte del entramado de agencias de la UE surgidas, principalmente, en las últimas dos décadas como organismos semi-autónomos muy variados entre sí y que superan en número la treintena, conformando un elemento más del orden ejecutivo europeo emergente, al delegar la UE y sus Estados miembros un amplio elenco de tareas a las crecientes agencias que se iban estableciendo (PÉREZ (2015) p. 576).

<sup>712</sup> Por ejemplo, la obligación de reportar la implementación de las normas a la CE por parte de los Estados miembros que sólo será eficaz si ésta la considera en conjunto con las recomendaciones y buenas prácticas provenientes de los organismos especializados y ONG'S de protección de los derechos humanos que lleve a un código de conductas mínimas.

<sup>713</sup> HABERMAS (2012) pp. 17-113.

<sup>714</sup> Véase Directiva 2008/115/CE de 2008, artículo 2.

<sup>715</sup> CERIANI (2009) p. 92.

<sup>716</sup> CIDH (2013) p. 191.

<sup>717</sup> ORTEGA (2014) p. 663.

se de alguna de las hipótesis contempladas por la directiva para la detención, mas no refiere a la exclusividad en la ocurrencia de alguna de estas hipótesis<sup>718</sup>. También las *prohibiciones de reentrada* tienen que adecuarse a los estándares de derechos humanos y a la proporcionalidad para evitar caer en una práctica de *neo-refoulement*<sup>719</sup> y a fin de que el regreso sea duradero y efectivo, también resulta necesario un grado de cooperación con terceros países. Sin embargo, es importante mencionar que, solo en condiciones estrictas y limitadas, los Estados miembros pueden imponer sanciones penales, aspecto claramente en línea con el Preámbulo de la directiva retorno que contiene una serie de principios fundamentales que sustentan la legislación en su conjunto y que, por lo tanto, deberían tenerse en cuenta en la aplicación de sus provisiones<sup>720</sup>. Estas acciones –producto de la política exterior y de la aplicación del ELSJ de la UE – no pueden escapar a su consideración y calificación política como apunta el profesor J. Roldán Barbero<sup>721</sup>.

Pese a sus buenas intenciones, ambos instrumentos son ejemplos de criminalización de la migración agregada al conjunto de sistemas nacionales de extranjería que ya estaban influidos por una fuerte regulación penal sustantiva, materia que, si bien queda fuera de las competencias europeas, confluye con estas a modo de competencias compartidas y la teoría de la *preemption* -en su acepción conflictual- del Derecho de la UE por encima de normas nacionales<sup>722</sup>, siendo este un terreno común donde el TJUE se ha debido pronunciar en su papel de impulsor de integración<sup>723</sup> en lo que en Estados Unidos la doctrina ya denominara como federalismo de la inmigración, otro ejemplo más de la excepcionalidad de este derecho<sup>724</sup>.

### 3.2. Relativas a la protección de los derechos de los inmigrantes.

Es oportuno recordar que, como resulta tanto de su título como de su artículo 1, la directiva retorno establece normas y procedimientos comunes que deben ser aplicados por cada Estado miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>725</sup>. No obstante, su segundo considerando apunta al establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación asentada en normas comunes, para que las personas afectadas sean retornadas humanamente, respetando plenamente sus derechos fundamentales y su dignidad. En este contexto, resulta oportuno efectuar una revisión de las modalidades bajo las cuales se promueve el respeto de los derechos humanos a través de las directivas de la UE aquí analizadas.

<sup>718</sup> ORTEGA (2014) pp. 675, 676.

<sup>719</sup> Así la sentencia del *asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia*, se condena al primer país por el riesgo de ser expulsado de forma expedida a Afganistán, y al segundo, por enviar a la persona a Grecia, consciente de las serias deficiencias imperantes en este país en el proceso migratorio y de trámite de solicitudes de asilo, véase TEDH, *Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (2011, nº 30696/09); GORTÁZAR (2002).

<sup>720</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 263.

<sup>721</sup> ROLDÁN (2015) p. 466. Este autor ha comentado los casos del TEDH sobre secuestros y detenciones ilegales en Europa.

<sup>722</sup> Se trata de un concepto con nebulosa aplicación a la cuestión migratoria, con una definición integral en la legislación (ARENA (2010) p. 10).

<sup>723</sup> HINAREJOS (2011) p. 423.

<sup>724</sup> MOTMURA (1999) p. 1361; SPIRO (1997) p. 1627. Con la previsión de que la *preemption* norteamericana no es ni la primacía europea ni la prevalencia del Derecho Constitucional europeo (VELASCO (2011) p. 47).

<sup>725</sup> TJUE, *Caso Mukarubega* (2014, C-166/13) parr. 39.

### 3.2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

Las condiciones de detención de las personas sujetas a procedimientos de retorno están reguladas por el artículo 16 de la directiva retorno. En este artículo se establece que el internamiento debe realizarse por regla general en lugares especializados de detención<sup>726</sup>. Ello debido a las personas retornadas no son delincuentes y merecen un trato diferente del que reciben los presos comunes. Si por motivos de infraestructura, un Estado tiene que recurrir a prisiones comunes, los nacionales de terceros Estados tendrán que separarse de la población carcelaria<sup>727</sup> a los efectos de evitar su estigmatización como criminales<sup>728</sup>.

Sin embargo, el artículo 16.1, de la directiva retorno contempla una excepción a esta regla según la cual se permite a los Estados miembros alojar a los detenidos antes de la expulsión en prisiones ordinarias. Esta excepción debe interpretarse de manera restrictiva. En este contexto, dicha excepción se puede aplicar cuando se producen aumentos imprevistos en el número de detenidos causados por flujos cuantitativos imprevisibles inherentes al fenómeno de la migración irregular, pero sin alcanzar todavía al nivel de una *situación de emergencia*, contemplado expresamente en el artículo 18 de la referida directiva. En estos casos excepcionales, los Estados miembros deberán tener en cuenta los derechos fundamentales que asisten a los detenidos y se tendrán debidamente presentes elementos como las situaciones de hacinamiento, la necesidad de evitar traslados repetidos y los efectos que puedan perjudicar el bienestar de la persona retornada, especialmente cuando se trate de personas vulnerables.

Además, en los referidos *casos excepcionales*, la obligación de mantener a las personas retornadas separadas de los presos es absoluta. Ni siquiera el comportamiento agresivo o inapropiado de las personas retornadas justifica su internamiento junto con presos comunes. En tal sentido, según la jurisprudencia del TEDH, los Estados miembros están en el deber de brindar protección adecuada a las personas retornadas en situación de internamiento del comportamiento agresivo o inadecuado de otras personas retornadas u otros detenidos. La directiva retorno permite que se amplíen los plazos del control judicial y que se flexibilicen las condiciones de internamiento -ante las situaciones de emergencia marcadas por la afluencia de un número de magnitud considerable de inmigrantes ilegales- a los Estados miembros que tengan dificultades para tramitar su expulsión o su devolución a

---

<sup>726</sup> En los casos: TJUE, *Casos Adala Bero, Regierungspräsidium Kassel y Ettayebi Bouzalmate, Kreisverwaltung Kleve* (2014, C-473/13 y C-514/13); se rechazaron los argumentos según los cuales, en los Estados federales, sus entidades podrían evadir las reglas de detención de inmigrantes irregulares en centros distintos a prisiones dado que carecían de los mismos, en ese caso, se debían construir. El TJUE estimó que la *indisponibilidad* a la que se refiere la directiva retorno no debía entenderse en el sentido de que no hubiera centros de detención especializados en una parte del Estado, sino que se interpretaba tomando al país como un todo independientemente de su estructura constitucional o administrativa.

<sup>727</sup> Vease, TJUE, *Caso Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik* (2014, C/474/13) párr. 17, 19, 21. En este caso, el TJUE indicó que la obligación de que los migrantes detenidos fueran separados de los presos ordinarios no estaba abierta a excepción, incluso cuando el solicitante hubiera expresado su deseo de permanecer en prisión para seguir en contacto con sus compatriotas. En estas extraordinarias circunstancias, el individuo no tiene verdadera autonomía de decisión.

<sup>728</sup> Este dualismo separación/aislamiento no ha podido evitar la estigmatización que algunos autores han denominado uniendo ambos términos como *crimigration*. La ley de inmigración hoy está vestida con tantos atributos delictivos que la línea entre ellos se ha vuelto indistinta (STUMPF (2006) p. 376).

causa de la falta de capacidad de sus instalaciones de internamiento<sup>729</sup>. En todo caso, en el artículo 15, apartado 3 de la directiva retorno se señala que en todos los casos se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables, cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio, no siendo necesario que la decisión de control sea escrita<sup>730</sup>.

Por otra parte, la directiva retorno contempla en su artículo 14 la garantía de un conjunto de condiciones básicas relativas a la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades y la consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables, definidas mediante una lista exhaustiva en el artículo 3, apartado 9. La atención a personas vulnerables también supone garantizar, de una manera más general, la debida consideración a factores como: la edad, la discapacidad y el estado de salud física y mental de la persona de que se trate. En este contexto, a los retenidos en situación de vulnerabilidad, –entre otras, menores, personas con enfermedades<sup>731</sup>, mujeres embarazadas, personas con discapacidades, o víctimas de abusos, deben tener una atención especial de salud y servicios sociales, entre otros<sup>732</sup>. Aquí es oportuno recalcar que el dolor o el sufrimiento graves no siempre se pueden evaluar objetivamente, sino que dependen de las consecuencias físicas y/o psicológicas negativas que tenga en cada persona el padecimiento de actos violentos o malos tratos. Ello habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes de cada caso, en particular el tipo de trato, el sexo, la edad, el estado de salud y la vulnerabilidad de la víctima o cualquier otro factor o condición<sup>733</sup>.

No obstante, en las disposiciones de la directiva retorno no se han incorporado todas las garantías inicialmente previstas en las propuestas, de las que se ha excluido la garantía de un nivel de vida adecuado<sup>734</sup>. La práctica corriente según la que se recortaran las medidas de asistencia con el objetivo de forzar el retorno se tradujo en su condena por parte de las instancias del CE<sup>735</sup>. Aunque esta normativa europea no regula determinadas condiciones materiales del internamiento –como el tamaño de las habitaciones, el acceso a las instalaciones sanitarias, el acceso al aire libre, la alimentación, entre otras–, su considerando 17 indica que las personas en régimen de internamiento deben recibir *un trato digno y humano* que respete sus derechos fundamentales este acorde a los estándares establecidos por el derecho internacional. En este sentido, en todo internamiento con fines de expulsión se deberán garantizar las condiciones que respeten el artículo 4 de la CDFUE. Este precepto

<sup>729</sup> FAJARDO (2009) p. 476.

<sup>730</sup> TJUE, *Caso Mahdi* (2014, C-146/14) párr. 47.

<sup>731</sup> Por cuanto, a las enfermedades terminales, véase TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13). En este caso, el TJUE acudió al artículo 5 de la directiva retorno que prohíbe el *refoulement* para bloquear la aplicabilidad de una orden de expulsión.

<sup>732</sup> Primero, se ha considerado que con independencia de las atenciones en los centros de detención, en el caso particular, el Reino de Suecia, sus usuarios los consideran como centros similares a las prisiones, la incertidumbre sobre la duración de la detención y su resultado es un factor importante de stress (PUTHOOPPARAMBIL (2013) p. 1), y, segundo, en la mayoría de los centros no existen protocolos para detectar a las víctimas del tráfico, a personas vulnerables o en general a aquellos que podrían beneficiarse de algún tipo de protección internacional (ARENAS (2003) pp. 745-778).

<sup>733</sup> Incluso respecto de las medidas de reparación y restitución, se ha recordado a los Estados que, “deben tenerse en cuenta las características propias y las circunstancias de cada caso y que la reparación debe ajustarse a las necesidades particulares de la víctima y ser proporcional a la gravedad de las transgresiones cometidas contra ella” (Observación General N° 3 del Comité Contra la Tortura, de 2012, parr. 6).

<sup>734</sup> FAJARDO (2009) p. 474.

<sup>735</sup> CONSEJO DE EUROPA (2006) párr. 3

prohíbe los tratos inhumanos o degradantes. Dicha obligación se encuentra más pormenorizadamente en la *Directriz 10 de Consejo de Europa sobre Condiciones del internamiento a la espera de la expulsión*<sup>736</sup>, junto a las *Normas establecidas por el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa*<sup>737</sup>, que abordan de manera específica las necesidades especiales y el estatuto de los migrantes irregulares en internamiento. Adicionalmente ello también se encuentra regulado en las *Reglas penitenciarias europeas de 2006*<sup>738</sup>, como normas mínimas básicas relativas a todas las cuestiones no abordadas por las normas mencionadas más arriba en conjunto con las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* de 1977.

---

<sup>736</sup> CONSEJO DE EUROPA (2005) p. 34. Esta directriz contempla, entre otros aspectos, que las personas internadas con carácter previo a su expulsión serán alojadas lo antes posible en instalaciones especialmente designadas al efecto, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen adaptados a su situación legal y con una plantilla integrada por personal cualificado. Tales instalaciones ofrecerán alojamiento adecuadamente amueblado, limpio y en buen estado de conservación, con espacio suficiente para el número de personas implicadas. Además, se procurará que en el diseño y la disposición de las instalaciones se evite, en la medida de lo posible, cualquier impresión de entorno *carcelario*. Las actividades organizadas incluirán ejercicio al aire libre, acceso a una sala de día, a radio o televisión y a diarios o revistas, así como a otros medios de esparcimiento apropiados. El personal de las instalaciones se seleccionará cuidadosamente y recibirá formación adecuada. Los detenidos tendrán derecho a presentar quejas por presuntos casos de malos tratos o por falta de protección frente a la violencia de otros detenidos. Los denunciantes y los testigos recibirán protección frente a los malos tratos o la intimidación, resultantes de su queja o de las pruebas presentadas para respaldarla.

<sup>737</sup> Solo por mencionar algunos aspectos relevantes: dichos establecimientos deben proporcionar un alojamiento adecuadamente amueblado, limpio y en buenas condiciones, que ofrezca el suficiente espacio para el número de personas implicadas. Además, se debería tener cuidado a la hora de diseñar y disponer las instalaciones para evitar al máximo posible cualquier impresión de ambiente *carcelario*. Por lo que respecta a las actividades del régimen, deben incluir ejercicio al aire libre, acceso a una sala de día y a radio/televisión y periódicos/revistas, así como a otros medios adecuados de ocio (por ejemplo, juegos de mesa, ping-pong). Cuanto más prolongado sea el período de internamiento de las personas, más desarrolladas deben ser las actividades que se les ofrezcan. También señala que la comunicación del internamiento a un familiar o a un tercero de su elección se facilitaría considerablemente si se permitiera a los inmigrantes en situación irregular conservar sus teléfonos móviles durante el período de privación de libertad o, al menos, acceder a los mismos. El control del estado de salud de los inmigrantes en situación irregular durante su internamiento constituye un deber fundamental con cada interno y con el colectivo de migrantes en situación irregular en su conjunto. La salud física y mental de los migrantes en situación irregular puede encontrarse ya afectada por experiencias traumáticas previas. La pérdida del entorno personal y habitual y la incertidumbre sobre su futuro pueden provocar un deterioro psíquico, incluida la agravación de síntomas preexistentes de depresión, ansiedad y trastornos post-traumáticos. Para más información, véase sitio web oficial del CONSEJO DE EUROPA, disponible en: <[http://www.coe.int/en/web/cpt/standards\\_ES](http://www.coe.int/en/web/cpt/standards_ES)>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.

<sup>738</sup> Respecto del alojamiento y en particular los dormitorios, se ha señalado que se deberá respetar la dignidad humana y, en la medida de lo posible, su intimidad, y responderán a los requisitos mínimos requeridos en materia de salud e higiene, teniendo en cuenta las condiciones climáticas, y especialmente la superficie de suelo, el volumen de aire, la iluminación, la calefacción y la ventilación. Así, en todos los edificios donde los internos deban vivir, trabajar o reunirse las ventanas serán lo suficientemente grandes para que los internos puedan leer y trabajar con luz natural en condiciones normales, y para permitir la entrada de aire fresco, salvo que exista un sistema de climatización apropiado y contar con iluminación y alarmas en caso de que el detenido desee comunicarse con el personal; debiendo conservarse todos los espacios limpios e higiénicos (CONSEJO DE EUROPA (2006b) pp. 7 y ss.). Lamentablemente, estas reglas no se cumplen en la mayoría de los establecimientos penitenciarios del mundo o no se cumplen de manera adecuada en todo el mundo, donde las cárceles, prisiones y centros de detención sufren no sólo los efectos de la pobreza y la exclusión social, sino también los deterioros de los Estados de Bienestar, las privatizaciones y consecuencias de las políticas económicas neoliberales, siendo por lo tanto en todo el mundo, todavía bandera de reclamo de muchos organismos internacionales de defensa de los derechos humanos (RIBOTTA (2012) p. 161).



Cónsono con el aspecto anterior, recientemente el CAT ha señalado<sup>739</sup> que los Estados parte no deben adoptar medidas o políticas disuasorias —como el internamiento en condiciones precarias durante períodos indefinidos, la negativa a tramitar solicitudes de asilo o la prolongación indebida de la tramitación, o la reducción de la asignación de fondos para programas de asistencia destinados a los solicitantes de asilo— que obligarían a personas que requieren protección a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la CCT a regresar a su país de origen, pese al riesgo personal que correrían allí de ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Respecto de este riesgo, abrimos aquí un paréntesis para hacer referencia a lo recogido en el considerando 8 de la directiva retorno. Aquí se reconoce el derecho de los Estados miembros de proceder al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, pero siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de *no devolución*. El *non-refoulement* acoge tanto a aquellos que se hallan dentro del territorio del Estado de destino como a quienes se encuentran en el territorio fronterizo bajo su competencia<sup>740</sup>. Para mayor abundamiento, esta directiva en su artículo 5 recoge este principio, indicando el deber de ser respetado por los Estados miembros. Además, su artículo 9.1.a estipula que la expulsión deberá ser suspendida cuando ésta vulnere el principio de no devolución, caso en el que podrán imponerse determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga, tales como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado. Por ello, respecto de esta obligación de permanecer en un lugar determinado, en el artículo 16 de la CCT se establece la obligación de los Estados de prohibir los actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (malos tratos) y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1 de dicha convención<sup>741</sup>, actos que son más proclives a ocurrir dentro de los centros de detención de inmigrantes.

La directiva retorno prevé, en su apartado 4 del referido artículo 16, que las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento y tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa. Esto resulta de vital interés si tomamos en cuenta que las instalaciones destinadas a la detención de migrantes han sido cuestionadas —no solo en Europa sino a nivel mundial— por su inadecuado equipamiento, masificación y falta de estándares higiénicos básicos, por su opacidad y por el déficit en la prestación de servicios médicos. Ciertamente, esta normativa europea indica que estos establecimientos estarán abiertos a visitas de distintos organismos lo cual es un indicio de transparencia<sup>742</sup>.

Sin embargo, la figura de la detención previa a la deportación es un ejemplo de *mecanismo adaptativo* que se sitúa en un estado fluctuante entre la adherencia a los derechos humanos universales y su revocación, requiriendo una supervisión continua<sup>743</sup>, algo que los mecanismos de protección de derechos humanos existentes no realizan en forma óptima. En

<sup>739</sup> Observación General N° 3 del Comité Contra la Tortura, de 2012.

<sup>740</sup> LAUTERPACHT y BETHLEHEM (2003) pp. 87, 113-115.

<sup>741</sup> Observación General N° 3 del Comité Contra la Tortura, de 2012.

<sup>742</sup> Desde el año 2009 el Parlamento Europeo ha llamado a los Estados miembros a garantizar a la sociedad civil el derecho a acceder a los lugares de detención de migrantes sin obstáculos legales o administrativos, *vease* PARLAMENTO EUROPEO (2009) p.108.

<sup>743</sup> COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2017a).

este sentido, el hecho de que estas visitas se encuentren sujetas a previa autorización cuestiona la eficacia de las visitas y tampoco quedan claras cuáles son las competencias de estos organismos. Por ello, es oportuno recordar que el cumplimiento de una detención no es excusa para un trato cruel o degradante, ya que todo Estado firmante de la CCT se obliga a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que resulten eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio bajo su jurisdicción<sup>744</sup>.

Consecuentemente con lo anterior, el OPCAT aclara en su Preámbulo que el eje que articulará sus políticas será el convencimiento de que la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes puede fortalecerse por medios no judiciales de carácter preventivo basados en visitas periódicas a los lugares de detención<sup>745</sup>. Una consecuencia previsible es que los Estados miembros que utilizan de forma más sistemática estos centros de detención tendrán más dificultad a la hora de optar a un asiento en los distintos organismos de protección de los derechos humanos – por ejemplo, el CDH– donde su actitud pasada será fiscalizada por otros países, muchos de ellos origen de los migrantes y que difícilmente apoyaran la candidatura de estos países.

Ante el cúmulo de incertidumbres, la adhesión de la UE y de sus Estados miembros al OPCAT sería una interesante propuesta dado que esta figura y sus afines son más proclives a acontecer en los denominados lugares de detención, tomando en consideración que el objetivo central de este Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos independientes internacionales y nacionales a todos los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad —lo que incluiría los centros de detención con fines de expulsión aquí revisados pues en su artículo 4.1 el OPCAT entiende que lugares de detención son cualquier lugar bajo la jurisdicción del Estado Parte donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad por una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito—, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Hasta la fecha 23 de los 28 Estados miembros han ratificado el Protocolo y todos ellos —a excepción de Italia y Rumanía— han creado el *Mecanismo de Prevención Nacional*<sup>746</sup>.

La oportunidad es manifiesta y se corresponde con el discurso garantista de las distintas Instituciones europeas, con la aplicación de la CDFUE, los memorándums de entendimiento con el CdE, y con la reciente adhesión de la UE al *Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad* de 2006. Así, resulta innegable que, aunque la discapacidad no sea un espacio de gran perfil político, si demuestra que la UE actúa como actor global en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que debe ser la antesala de una mayor profundización a aquellos temas de mayor calado político. Ahora es el momento con mayor razón, tras el desconcertante dictamen sobre competencias emitido por el TJUE<sup>747</sup> que supone un duro revés para un proceso de adhesión

---

<sup>744</sup> RIBOTTA (2012) p. 161.

<sup>745</sup> RIBOTTA (2012) p. 161.

<sup>746</sup> Sobre el caso español puede véase, MARIÑO y CEBADA (2009) p.62 y ss.

<sup>747</sup> La controvertida opinión del TJCE tomando como dogma de fe, la autonomía del Derecho comunitario y estimando que el Tribunal de Estrasburgo no es competente para conocer de la gran complejidad del sistema de la UE, negando en última instancia, a los Estados miembros su capacidad de *Herren vom Vertrage*, véase TJUE, *Avis 2/13 - Adhésión de l'Union à la CEDH* (2014, C-2/13). El análisis que desarrolla el TJUE de su propio monopolio jurisdiccional parece dirigido a sustraer del escrutinio del TEDH determinados capítulos del acervo comunitario (CORTÉS (2015) p. 42). Por otra parte, debe tomarse en consideración que la confluencia sobre un

al Convenio Europeo de Derechos Humanos esperado desde la década de los noventa<sup>748</sup> y que nos empuja a pensar en otras alternativas para garantizar un arribo a buen puerto, por ejemplo, la firma de una Declaración Solemne del CdE.

La Tabla N° 19 expresa de modo sucinto los aspectos regulados en la directiva retorno respecto del derecho aquí analizado.

**TABLA N° 19.**  
**Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en la Directiva Retorno**

Objeto de protección.	Disposiciones.
Dignidad e integridad personal: Prohibición de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (respecto de las condiciones mínimas de habitabilidad y permanencia en los Centros de internamiento).	Artículo 3.9 y 16.17 directiva retorno.
Derecho a la salud: asistencia médica y necesaria atención al detenido.	Artículo 3.9 directiva retorno.
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículos 5.8 y 9.1 directiva retorno.

### 3.2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

La directiva retorno ha supuesto un avance positivo, al garantizar en su artículo 14 un conjunto de condiciones básicas que tienen como objetivo primordial el mantenimiento de la unidad familiar respecto de sus integrantes presentes en el territorio del que se trate. Esto lo ratifica la *Directriz 10 del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso*<sup>749</sup>, al señalar que a la hora de alojar a familias se respetará el principio de la unidad familiar. También, es oportuno recordar que el derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del CEDH se aplica también en el contexto del internamiento. Todas las personas que carecen de autorización de estancia entran en el ámbito de aplicación de la directiva retorno. No obstante, los migrantes ilegales o irregulares nacionales de terceros países no pueden permanecer en una situación ambigua, y en tal sentido, los Estados miembros de la UE están en el deber de dictar las correspondientes decisiones de retorno –salvo circunstancias de tipo humanitario–, o regularizar su estancia –tomando en consideración las razones imperiosas de vida familiar o privada previstas en el artículo 7 de la CDFUE–<sup>750</sup>.

---

mismo espacio físico de tres ordenamientos jurídicos distintos con común vocación constitucional (declarada) y un órgano jurisdiccional propio con carácter igualmente constitucional y con aspiración a contar con la *última palabra* en sus respectivos ordenamientos exige una cooperación judicial leal, que presume forzosamente una suerte de diálogo judicial previo (Y PÉREZ DE NANCLARES (2015) p. 857).

<sup>748</sup> Sobre el proceso de adhesión, véase, KOSTA *et. al.* (2014).

<sup>749</sup> CONSEJO DE EUROPA (2005) pp. 4 y ss.

<sup>750</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 53.

Las condiciones de detención de los niños y las familias están previstas en el artículo 17 de la directiva retorno<sup>751</sup>. En su artículo 14 también se contempla el acceso para los menores –en función de la duración de su estancia– al sistema de enseñanza básica. Por su parte, su artículo 10. 1 señala que se concederá la asistencia de los servicios pertinentes –distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno–, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del menor.

Asimismo, el artículo 5 de la directiva retorno señala que al ejecutar los procedimientos de retorno se han de tener en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud de la persona afectada y el principio de *no devolución*. En el apartado 1 de su artículo 7 indica que la decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, pudiendo este ser prorrogado. Así, respecto del retorno voluntario y su prórroga, el artículo 7, apartado 2 por su parte señala que los Estados miembros prorrogarán cuando sea necesario el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial. Para ello deberán atender a las circunstancias concretas del caso de que se trate como la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales. Respecto de esta prórroga, es oportuno acotar que no existe un límite máximo previamente establecido para conceder esta prórroga, por lo que cada caso individual se deberá tratar atendiendo a sus circunstancias de acuerdo con la legislación nacional de aplicación y la práctica administrativa. Si la obligación de retorno no se efectúa en el periodo de salida voluntaria, los Estados miembros de la UE han de velar por el cumplimiento de la decisión de retorno de manera gradual y proporcionada, mediante las medidas menos coercitivas posibles y respetando debidamente los derechos fundamentales<sup>752</sup>.

Las figuras de los menores no acompañados y familias con menores de edad se encuentran también reguladas en la directiva retorno, contemplando la detención como último recurso y por períodos breves, debiendo las familias permanecer unidas y en lugares separados del resto de los detenidos para garantizar su intimidad<sup>753</sup>. Esta normativa europea no define la figura del menor no acompañado. No obstante, ello si lo encontramos en la directiva recepción, definido como aquel que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente al cuidado de tal adulto. Este concepto incluye al menor que deja de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros. No obstante, la directiva retorno si señala que antes del retorno de un menor no acompañado se debe practicar una evaluación individual que tenga en cuenta el interés superior del niño y sus necesidades particulares, la situación actual en su familia y la situación y las condiciones de acogida en el país de retorno. Esto debiera ser realizado por un equipo multidisciplinar, en presencia del tutor designado para el menor y bajo el resguardo del respeto del derecho del niño a ser oído y a expresar libremente su opinión junto con la consideración de dicha opinión en todos los asuntos que le afecten.

---

<sup>751</sup> Que se corresponde claramente con el de la directriz 11 del Consejo de Europa: Niños y familias cuyos apartados 1, 3 y 5 se inspiran en las disposiciones pertinentes contenidas en la CDN. Véase, CONSEJO DE EUROPA (2005) p. 36 y ss.

<sup>752</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 161.

<sup>753</sup> En esta línea, véase, TEDH, *Caso Kanagaratnam y otros v. Bélgica* (2011, aplicación nº 15297/09). En este caso el TEDH ha señalado que el ingreso de un menor en un centro de detención habilitado sólo para adultos representa una falta de humanidad equiparable a un trato inhumano.

El artículo 10 de la directiva retorno trata la expulsión de menores no acompañados, estableciendo como garantías básicas y obligatorias las mejores prácticas que se aplican en la mayor parte de los Estados miembros. Se eleva así el nivel de la legislación existente siguiendo para ello las consideraciones del preámbulo redactadas en la misma línea de la CDN. En este contexto, el respeto de la vida familiar debe ser la consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la referida normativa, de conformidad con el CEDH<sup>754</sup>. El apartado 1 del artículo 10 de esta directiva señala que, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes. Este artículo se configura como una garantía que obliga a que los Estados miembros den acceso a la asistencia de servicios básicos pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. Bajo este principio también se deben considerar otros aspectos expresamente mencionados en la referida normativa europea, como la prestación de la asistencia médica y sanitaria necesaria, el contacto con la familia, el acceso a la educación básica, etc., En este orden de ideas, la directiva retorno señala que antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

No obstante el concepto de *interés superior del menor* está experimentando importantes cambios en relación con el principio de reunificación familiar, debido a la interpretación que han realizado los jueces nacionales de algunos de los Estados miembros, en la que caben excepciones importantes a dicha regla y que exige una estimación caso por caso, teniendo en cuenta ahora el contexto jurídico y socio-económico de los países de origen para revocar las decisiones de expulsión ante estas nuevas situaciones<sup>755</sup>.

Además, en las disposiciones de la directiva retorno no resulta claro lo que debe entender por *atención especial* respecto de la detención de menores. Se indica que la detención de estos grupos vulnerables sólo será utilizada como un mecanismo de último recurso y por un tiempo breve, pero poco añade al contenido de la norma. Solo se indica que la detención será permisible cuando otros mecanismos menos intrusivos resulten insuficientes, exista *riesgo de fuga* y se mantendrá bajo un nivel mínimo para toda categoría de nacional de tercer país. Todo pareciera indicar que el artículo 17 de la referida normativa básicamente sirve para aclarar que la detención de menores –acompañados o no– no se encuentra prohibida. Esto permite concluir que queda autorizada un tipo de detención administrativa con control muy difuso, lo cual es objeto de críticas por parte de organismos

---

<sup>754</sup> FAJARDO (2009) p. 480.

<sup>755</sup> FAJARDO (2009) p. 479.

de derechos humanos<sup>756</sup>. Estas medidas de detención olvidan que, como la ha señalado el IDC, existen otras alternativas a la detención de niños inmigrantes<sup>757</sup>.

Ante este panorama, la directiva retorno ha sido objeto de polémicas por considerarse que contiene disposiciones que colocan a la UE en una posición cuando menos dudosa en cuanto a su compromiso con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al retorno de los menores no acompañados<sup>758</sup>. Ello parece indicar que se ha escogido un camino restrictivo y desigual<sup>759</sup> en materia de protección de derechos humanos de los migrantes. Estos aspectos muchas veces están vinculados al mal manejo de procedimientos coercitivos por parte de quienes tienen la responsabilidad de efectuar la repatriación, donde el marco jurídico que ordena y regula la repatriación busca que los deportados se sometan y obedezcan de una manera sumisa los mandatos e instrucciones de los funcionarios para que el proceso transcurra sin contratiempos<sup>760</sup>.

La Tabla N° 20 permite al lector una revisión resumida de las disposiciones de la directiva retorno en lo tocante a la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar.

**TABLA N° 20.**  
**Del derecho a la vida privada y familiar en la directiva retorno**

<b>Objeto de protección</b>	<b>Disposiciones</b>
Derecho a la vida privada y familiar.	Artículos 5, 14, 17, 10, 8.4 directiva retorno.
Interés superior del niño.	Artículos 5,10, 17.1 directiva retorno.

### 3.2.3. Del derecho al debido proceso.

En el Derecho de la UE, el principio fundamental consagra que la detención de personas –en búsqueda de protección internacional o sujetas a procedimientos de retorno–, requiere que esta medida sea necesaria, como última instancia tras haber agotado y considerado todas las alternativas, o cuando estas carecieran de efectividad, debiendo cumplir con ciertos requisitos adicionales para que esta no sea arbitraria<sup>761</sup>. La prohibición de detención ilegal y arbitraria aplica para las situaciones en las que son detenidas las personas migrantes en situación migratoria irregular, solicitantes de asilo y otras personas en necesidad

<sup>756</sup> En el asunto *Caso A. B and others contra Francia* (2016, aplicación n° 11593/12) el TEDH mantuvo que las condiciones intrínsecas a los lugares de detención son fuente de ansiedad y aumentan la vulnerabilidad de los menores, implicando una violación del artículo 3 del Convenio que versa sobre la necesidad de una actuación concertada de la Unión garantizando el interés superior del menor, Para más información, véase sitio web oficial del CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA, *Recommendation 1985 (2011) Final versión, Undocumented migrant children in an irregular situation: a real cause for concern*, disponible en: <<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18041&lang=en>>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018. En este documento se recomienda la no detención de menores en base a la irregularidad administrativa por el perjuicio psicológico que la privación de libertad puede acarrear. Pero hemos de tener presente que, aunque hace tiempo que a nivel convencional se han dado los pasos oportunos para que la realidad sea otra, a nivel ejecutivo siguen sin implementarse las medias oportunas para que cesen las lesiones que habitualmente sufren los derechos de estos menores cuando son detenidos (LÓPEZ (2013) pp. 1065).

<sup>757</sup> Para más información, véase sitio web oficial del IDC, *Practical steps toward ending immigration detention of children*, disponible en: <https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2017/11/SOS-UAM-Brochure-WEB.pdf>.

<sup>758</sup> Pese a las cautelas adoptadas por la directiva retorno, véase GORTAZAR (2009) p. 31.

<sup>759</sup> CERIANI (2009) pp. 87-90.

<sup>760</sup> MOLINA (2016) p. 13.

<sup>761</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) pp. 152-155.

de protección internacional, durante los procedimientos tendientes a determinar su situación migratoria, o mientras están pendientes de que se ejecute su orden de deportación<sup>762</sup>. En este sentido, la detención debe estar sujeta a cuestiones de legalidad y garantías procesales, exigiéndose al Estado miembro que actúe con la diligencia debida al detener a individuos, debiendo adicionalmente, respetar plenamente los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE.

El artículo 15.1 de la directiva retorno establece que la detención sólo se debe mantener mientras el dispositivo de expulsión esté en curso ejecutándose con la diligencia debida y en tal sentido, la duración de la detención debe ser lo más corta posible. Como ya se ha señalado en apartes anteriores, en su artículo 15.5. admite la detención por un máximo de 6 meses, con una prórroga de la decisión de internamiento por períodos concretos y excesivamente amplios, puesto que el apartado 6 admite que se prorrogue por 12 meses más, en caso de haber realizado todos los esfuerzos necesarios para proceder a la expulsión empero este trámite se prolongara. En su artículo 15, apartado 2 señala que el internamiento debe ser ordenado por las autoridades administrativas o judiciales por escrito, indicando los fundamentos de hecho y de derecho. En caso de que el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros deben establecer un control judicial rápido de la legalidad del internamiento. Este control judicial deberá ejecutarse lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o conceder al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento.

La duración máxima de un internamiento deberá incluir el tiempo transcurrido en el marco de un procedimiento de expulsión que se inició con anterioridad a que la directiva retorno fuese aplicable<sup>763</sup>. Si existen obstáculos a la expulsión –como el principio de *no devolución* según el artículo 5 de la directiva en cuestión–, normalmente no hay perspectivas razonables de expulsión y por lo tanto el internamiento debe cesar<sup>764</sup>. Esta normativa nada dice de la obligación de informar al interesado de la decisión de internamiento en un idioma que comprenda, pero la CE ha recordado que las garantías que ofrece en su artículo 12, referido a los aspectos formales de la decisión de retorno, se aplican igualmente a las decisiones de internamiento<sup>765</sup>. Sobre ellas haremos referencia más adelante.

En materia de detención, tanto la directiva retorno como la directiva recepción exigen un control judicial rápido cuando la detención es ordenada por autoridades administrativas, debiendo ser revisada la detención *a intervalos razonables* cuando lo solicite el nacional del tercer país, o de oficio por una autoridad judicial –en el caso de los solicitantes de asilo para quienes se incluyen disposiciones específicas sobre asistencia jurídica y representación gratuitas en el artículo 9 de la directiva recepción–, o si la detención es prolongada –en el caso de los sujetos a procedimientos de retorno–, debiendo solo ser revisada solo por una autoridad judicial. Sin embargo, la amplia discrecionalidad que rodea la detención migratoria a menudo se traduce en peores garantías procesales y condiciones de detención de los

<sup>762</sup> CIDH (2013) p. 193.

<sup>763</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 39.

<sup>764</sup> Sobre la perspectiva razonable de expulsión, el TJUE en el asunto *Kadzoev*, consideró que al haberse alcanzado el plazo máximo de detención previsto en el artículo 15.6 de la directiva retorno, ya no cabía plantearse si existía una perspectiva razonable de expulsión según lo contempla su artículo 15.4, por lo que la persona afectada debía ser dejada inmediatamente en libertad, TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09).

<sup>765</sup> *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA (2017) p. 133.

migrantes que las de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad por razones penales<sup>766</sup>.

Respecto del retorno, en sus artículos 6, 12 y 13 la directiva retorno consagra ciertas salvaguardas a la hora de dictaminar decisiones sobre este tema, promoviendo las salidas voluntarias frente al retorno forzoso. Así, las decisiones de retorno y las decisiones de prohibición de reingreso deben ser dictadas conforme al procedimiento del derecho interno que cada Estado tiene previsto para ello<sup>767</sup> y por escrito, indicando los fundamentos de hecho y de derecho, con la información relativa a los recursos jurídicos disponibles y –a petición del interesado– en un lenguaje comprendido o que se suponga que comprende la persona sobre la que recae la decisión<sup>768</sup>. Esta traducción se hará de forma gratuita y se referirá a los elementos principales de las decisiones relativas al retorno. Pero en el caso de los nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no tengan el permiso necesario para permanecer en él estas garantías son diferentes, ya que dicha notificación se efectuara a través de un formulario tipo. En este caso tampoco se exige la traducción al lenguaje del solicitante, sino que los Estados miembros de la UE están obligados a publicar documentos informativos traducidos, por lo menos a las cinco lenguas más comunes de los grupos de migrantes específicos del Estado miembro. La ausencia de esta notificación se traduciría en un estado de indefensión injustificable<sup>769</sup>, pero el empleo de estos formatos tipo para el cumplimiento de esta formalidad podría dar lugar a decisiones de retorno estandarizadas, que no atiendan a las circunstancias de cada caso en particular. En cuanto al fondo, cada Estado puede decidir de forma soberana los motivos por los que una persona puede ser expulsada –respetando las obligaciones internacionales contraídas– que generalmente incluyen la violación de las normas de derecho migratorio<sup>770</sup>.

Uno de los derechos fundamentales que integran el ordenamiento jurídico de la UE es el derecho a la defensa, que comprende tanto el Derecho a ser oído, como el Derecho a acceder al expediente. Su respeto es exigible inclusive cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad. No obstante, según jurisprudencia del TJUE, estos derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos en atención al objetivo de interés general perseguido por la medida en cuestión y no constituyan, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados. En este orden de ideas, la vulneración del derecho de defensa conlleva a la anulación de la detención en los casos en que el procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente de no haber concurrido esa detención irregular<sup>771</sup>. La directiva retorno no precisa si debe

---

<sup>766</sup> CIDH (2013) p. 191.

<sup>767</sup> Por lo menos respecto de los extranjeros que se encuentran legalmente dentro del territorio del Estado que se trate, *Cfr.* artículo 8 de la DUDH, artículo 13 del PIDCP, artículo 22.2 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; respecto de los extranjeros en situación irregular, aunque también deben ser detenidos y expulsados conforme a un debido proceso, estos suelen ser procedimientos menos garantistas para tales casos, *Cfr.* Resolución 69/10 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 2014, p. 27.

<sup>768</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 173; *cfr.* Directriz 4, CONSEJO DE EUROPA (2005) p. 18.

<sup>769</sup> PÉREZ (2008) pp. 242 y ss.

<sup>770</sup> *Cfr.* KAMTO (2010) pp. 28 y ss. En estos comentarios se ha desarrollado con mayor detalle la cuestión de los motivos de expulsión.

<sup>771</sup> TJUE, *Caso M. G., N. R.* (2013, C-383/13) párr. 32-38. En este asunto se cita numerosa jurisprudencia sobre este aspecto.



asegurarse el respeto del derecho a ser oído de las personas extranjeras nacionales de terceros países en situación irregular, ni las condiciones necesarias como tampoco las consecuencias que se derivarían de la vulneración de ese derecho<sup>772</sup>. Por tanto, corresponde al Estado miembro determinar las condiciones procedimentales en las que se asegura ese derecho, así como las consecuencias de su vulneración<sup>773</sup>, debiendo respetar el principio de efectividad, para no hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento, ni perjudicar el efecto útil de esta normativa<sup>774</sup>.

El artículo 13 de la directiva retorno señala que se debe conceder al individuo el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión. Pero este derecho no puede concebirse sin incluir el derecho a la asistencia jurídica, un derecho que se extiende tanto a las decisiones de asilo como las de retorno. En esta normativa se hace referencia tanto a la asistencia jurídica como al derecho a intérprete –concretamente el derecho a obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística– al referirse a las garantías procedimentales respecto de la decisión de retorno, de prohibición de entrada y de expulsión, pero no a las decisiones de internamiento. Sin embargo, es aplicable a las decisiones de internamiento, según lo ha señalado la CE, al recomendar que todas las garantías inherentes al respecto del derecho a ser oído sean aplicables a las decisiones de internamiento y a las decisiones de prórroga de internamiento<sup>775</sup>. En este contexto, el individuo ha de tener la posibilidad de obtener asesoría jurídica gratuita, representación y, de ser necesaria, asistencia lingüística gratuita, según las normas contenidas en la legislación nacional. El artículo 13.3 de la referida directiva reconoce el derecho a la asistencia lingüística, como condición indispensable para que el nacional del tercer país sometido a un procedimiento de esta naturaleza pueda ejercer sus derechos procesales. Esta asistencia no implica únicamente la obligación de facilitar una traducción de la decisión, según lo señalado en el artículo 12, apartado 2 de la referida normativa, sino también la de proporcionar la asistencia de intérpretes para que el nacional de un tercer país pueda ejercer los derechos procesales previstos en el artículo 13.

De igual modo, el artículo 13 de la directiva retorno precisa que el individuo tiene el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión y/o a solicitar que esta se revise ante una autoridad judicial o administrativa u otro órgano independiente competente para suspender temporalmente la expulsión mientras la revisión está pendiente. Esto reviste interés al permitir a los individuos que soliciten la revisión judicial de una decisión de expulsión, ya que algunas personas que son objeto de una decisión de retorno con arreglo a esta directiva nunca han podido presentar un recurso ni solicitar una revisión de sus solicitudes. Ello a pesar de que su artículo 13, apartados 1 y 2 se indica que se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o solicitar que se revisen éstas ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia. En este sentido, una decisión relativa a los beneficios previstos en la directiva recepción puede ser impugnada por el individuo afectado, y, en caso de recurso o revisión, los Estados miembros deben garantizar el derecho a la asistencia

---

<sup>772</sup> LANCHA (2013) p. 218.

<sup>773</sup> TJUE, *Caso M. G., N. R.* (2013, C-383/13) párr. 31 y 37.

<sup>774</sup> LANCHA (2013) p. 218.

<sup>775</sup> *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA (2017) pp. 130 y ss.

jurídica y representación gratuitas cuando esta sea solicitada y sea menester para garantizar el acceso efectivo a la justicia.

La directiva retorno en su artículo 13.2 prevé la posibilidad de que los Estados suspendan temporalmente la ejecución de la decisión de expulsión, pero los efectos suspensivos no son automáticos, sino que dependen de lo que prevea la legislación del Estado. Esta legislación nacional en todo caso debe garantizar que el órgano revisor tenga poder de suspensión en el marco del procedimiento. Si la decisión correspondiente vulnera el principio de *no devolución* y si se está interponiendo algún recurso con efecto suspensivo, su artículo 9 prevé el aplazamiento de la expulsión. En este caso, los Estados miembros de la UE tendrán que proporcionar al interesado la correspondiente confirmación escrita. Este aplazamiento también puede concederse debido a circunstancias específicas del interesado, como su estado de salud o por razones técnicas.

Las garantías procesales enumeradas en los artículos 12 –relativas a la forma y traducción– y 13 –referentes al recurso efectivo y asistencia jurídica gratuita– de la directiva retorno son manifestaciones expresas del derecho fundamental a una buena administración, el derecho fundamental a la defensa y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial contenidas en el artículo 47 de la CDFUE. Estas garantías son parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE, cuya observancia también se exige en relación con las decisiones de internamiento. Respecto de estas garantías, el artículo 16, apartado 5 de la directiva retorno señala que los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro de internamiento y sobre sus derechos y obligaciones -incluida información sobre su derecho- con arreglo a la legislación nacional. Esta información resulta relevante a los fines de asegurar el ejercicio de las garantías procesales que les asisten durante el internamiento. Sobre todo, entendiendo que, en alguno de esos casos, esas personas han conformado familias durante el tiempo que han pasado en el Estado miembro de la UE. Ello acentúa aún más la necesidad de acceder a un Tribunal para determinar la compatibilidad de la decisión de retorno con sus derechos humanos<sup>776</sup>.

La directiva retorno, en su artículo 16.2, reconoce el derecho de las personas internadas a ponerse en contacto con las autoridades consulares -previa petición por su parte y, el Estado que expulsa tiene la obligación de abstenerse de realizar actos que de alguna manera pueda impedir que el Estado del que es nacional la persona afectada por la expulsión realice las funciones propias de asistencia consular. Sin embargo, el reconocimiento y protección de este derecho no debiera ser tímido y si garantizado en todo momento desde la detención del inmigrante. La importancia de la institución consular reside en que su establecimiento obedece a la necesidad de que el beneficiario reciba asistencia en nombre del Estado que ha constituido dicha asistencia. Recordemos que esta actuación consular se ejerce, no sólo directamente ante los connacionales, sino también para su asistencia y protección ante las autoridades locales de residencia<sup>777</sup>. Así, este tipo de asistencia -generalmente destinada a asistir a nacionales en el extranjero- adquiere singular importancia. Su aseguramiento incide positivamente en la protección de los derechos del detenido, toda vez que, en el caso de la detención con fines de expulsión, el beneficiario de la asistencia consular se encuentra bajo condiciones que acentúan su vulnerabilidad, tales como el desconocimiento

<sup>776</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014) p. 120, 121.

<sup>777</sup> VILARIÑO (2016) p. 86.

de sus derechos en territorio extranjero, el dominio del idioma del país donde está detenido, entre otras.

A continuación, en la Tabla N° 21, se presenta una revisión resumida de las disposiciones de la directiva retorno, en lo tocante al resguardo del debido proceso en los casos de detención y expulsión de inmigrantes dentro de la UE.

**TABLA N° 21.**  
**Del debido proceso en la directiva retorno**

<b>Objeto de protección</b>	<b>Disposiciones</b>
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículo 15 directiva retorno.
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y el derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículos 12 y 13 directiva retorno. El derecho a ser oído no se regula expresamente, ello corresponde a los Estados miembro.

## CAPÍTULO II. LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

### Sumario.

1. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del Derecho de la Unión Europea.
  - 1.1. Criterios generales.
    - 1.1.1. Ámbitos de aplicación de la normativa vigente.
    - 1.1.2. Interpretación de nociones ambiguas.
  - 1.2. Criterios específicos.
    - 1.2.1. Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.
    - 1.2.2. Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.
    - 1.2.3. Duración de la prohibición de entrada.
    - 1.2.4. Principio de proporcionalidad de la medida.
2. Criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
  - 2.1. Respeto del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 2.2. Respeto del derecho a la vida privada y familiar.
  - 2.3. Respeto del derecho al debido proceso.

### **1. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del Derecho de la UE.**

En materia de tutela de derechos fundamentales en el espacio de la UE es necesario revisar y analizar la labor realizada por el TJUE. Este tribunal es competente para controlar los actos nacionales en aplicación del derecho de la UE, a la luz de su compatibilidad con el sistema de principios y normas comunitarias de protección de los derechos humanos. En tal sentido, cuando los Estados exceptúan la aplicación del Derecho de la UE, se sitúan dentro del ámbito de competencias del referido tribunal, debiendo respetar los derechos fundamentales reconocidos por la UE<sup>778</sup>. Aquí es oportuno aclarar que, la palabra *principio* denota un término que no sólo es de derecho positivo de la UE, sino también de análisis jurisprudencial, sea teórico o sea doctrinal, e identifica aquellas reglas del derecho primario que tienen una función normativa fundante para el orden jurídico de la UE y que sirve de referencia para todo el derecho primario<sup>779</sup>. Esto tiene relevancia para entender la importancia y carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE. Así, como lo ha señalado el TJUE en su reiterada jurisprudencia<sup>780</sup>, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el TJUE, quien, al respecto, se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han

<sup>778</sup> MANGAS (2008) p. 817.

<sup>779</sup> VON BOGDANDY (2010) pp. 133 y ss.

<sup>780</sup> TJCE, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1996, dictamen 2/94) párr. 33.

adherido<sup>781</sup>. Ello se traduce en la inadmisión de medidas que sean incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera<sup>782</sup>.

Con su labor pretoriana, el TJUE ha garantizado de manera eficaz el respeto de los derechos fundamentales no sólo por las instituciones de la UE, sino también por los Estados miembros y la ciudadanía<sup>783</sup>. Si bien frente a los primeros casos que se le presentaron y ante las dudas sobre su competencia para conocer en materia de derechos fundamentales, mantuvo este tribunal una postura tímida, no tardó demasiado tiempo en tejer una doctrina jurisprudencial en torno a la protección de estos, convencido de la necesidad de fortalecer la unidad y primacía del entonces Derecho Comunitario.

Al TJUE se le han confiado diversas competencias, pudiendo por una parte, decidir sobre la validez de los actos y las omisiones de las instituciones de la UE en el marco del derecho de la UE y del derecho internacional que rige sobre la materia, así como sobre las vulneraciones del derecho de la UE por sus Estados miembros; y por otra, conservar una competencia exclusiva a la hora de garantizar la aplicación e interpretación correcta y uniforme del derecho de la UE en todos los Estados miembros de la UE. Si bien el TJUE no puede controlar las actuaciones internas –actos del Estado y/o sus organismos nacionales– contrarias a los preceptos de la CDFUE, ello no implica que estos tengan la venia para violentar dicho instrumento cuando actúen al margen del derecho comunitario, sino que corresponderá al ordenamiento interno y a las autoridades nacionales el proceder a sancionar las violaciones de derechos humanos<sup>784</sup>.

También es oportuno señalar que, en esta labor interpretativa puede observarse el empleo de la noción del *margen de apreciación* por parte del TJUE reforzando el carácter polivalente de la misma que se ha señalado en líneas anteriores en la sección introductoria de esta investigación. Así, en el ámbito de la UE puede observarse que la decisión tomada por el TJUE ha permitido ampliar la esfera de protección de los derechos fundamentales, en detrimento de una libertad reconocida por el ordenamiento de la UE, reforzándose el derecho fundamental en lugar de una erosión, lo que pone de manifiesto el carácter polivalente que presenta la utilización de la noción del margen de apreciación en la práctica internacional. En *Caves Krier Frères*<sup>785</sup>, el TJUE afirmó que no se pueden vulnerar los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del tratado que reconocen sus libertades fundamentales, admitiendo que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para desarrollar la política social. Conforme a este razonamiento, el TJUE concluyó que ciertas

---

<sup>781</sup> Véase en ese sentido, TJUE, *Caso ERT* (1991, C-260/89) párr. 41 y, TJUE, *Caso Annibaldi* (1997, C-309/96) párr. 12.

<sup>782</sup> Véase en ese sentido, TJUE, *Caso ERT* (1991, C-260/89) párr. 41 y TJUE, *Caso Annibaldi* (1997, C-309/96) párr. 12. Además, a tenor del artículo 1 de la directiva retorno, documento que contempla las normas y procedimientos que deberán aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.

<sup>783</sup> En este sentido, el artículo 6.3. TUE no ha venido sino a consolidar la labor iniciada en la década de los setenta del siglo pasado y formalizada posteriormente por el Tratado de Maastricht (art. F.2 TUE). El Tribunal de Justicia ha desempeñado y sigue desempeñando esa labor en el amplio marco de los principios generales del derecho, habiendo precisado los parámetros normativos (tradiciones constitucionales comunes e instrumentos internacionales) que en cuanto que principios generales del derecho han servido de marco jurídico de referencia para todas las instituciones.

<sup>784</sup> MANGAS (2008) p. 818.

<sup>785</sup> TJUE, *Caso Caves Krier Frères Sàrl* (2012, C-379/11) párr. 52.

exigencias de residencia impuestas a una trabajadora fronteriza no podían sustentarse en el margen de apreciación nacional, siendo estas contrarias a los principios reconocidos por el ordenamiento de la UE. Empleando la noción del margen de apreciación nacional, el TJUE ha acogido restricciones a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento, basadas en la existencia de un derecho fundamental merecedor de especial protección<sup>786</sup>, no obstante que en otros litigios no ha reconocido la aplicación de esta noción<sup>787</sup>. La naturaleza de la norma jurídica es un factor que influye decisivamente en la aplicación de este criterio –estrechamente vinculada con el principio de subsidiariedad–, empleándose como parámetros la necesidad y la proporcionalidad de la medida tomada por el Estado. Estos parámetros se convierten en los filtros jurídicos utilizados para distinguir las restricciones legales de las que suponen un hecho internacionalmente ilícito, siendo su aplicación no homogénea sino con caracteres especiales cuando se aplica en determinados sectores normativos, como el ordenamiento de la UE. Por ello, el empleo de esta noción en el ordenamiento jurídico de la UE resulta de manera especial, producto de los más complejos mecanismos de control jurisdiccional desplegados en este subsistema, así como de los rasgos característicos que singularizan a las normas derivadas<sup>788</sup>.

Asimismo, el artículo 267 del TFUE confiere al TJUE la competencia para pronunciarse con carácter prejudicial en lo relativo a la interpretación y la validez de la directiva retorno y de las demás directivas de la UE aquí analizadas. En este sentido, un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros puede pedir al TJUE que se pronuncie sobre una cuestión de esta naturaleza si considera necesaria una decisión al respecto a fin de emitir su fallo. Cuando las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional versan sobre la interpretación de una disposición del Derecho de la UE, el TJUE está, en principio obligado a pronunciarse, pero el TJUE no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial cuando resulta evidente que la interpretación de una norma comunitaria, solicitada por un órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, o también cuando el problema es de naturaleza hipotética y el TJUE no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas<sup>789</sup>.

En el tema que nos ocupa es pertinente mencionar que, si se plantea una cuestión de este tipo –*cuestión prejudicial*– en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con un migrante en situación de internamiento con miras a la expulsión, el TJE deberá aplicar un procedimiento de urgencia acelerado. Las cuestiones prejudiciales ya han desempeñado un importante papel a la hora de garantizar una interpretación armonizada de diversas disposiciones clave de la directiva retorno como lo desarrollaremos en las líneas que siguen.

---

<sup>786</sup> TJUE, *Caso Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* (2003, C-112/00) párr. 91-93; TJUE, *Caso Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala, Merja Ritala* (2012, C-84/11) párr. 42.

<sup>787</sup> TJUE, *Caso Comisión Europea* (2012, C-150/11) párr. 61.

<sup>788</sup> PASCUAL (2013) p. 231.

<sup>789</sup> Véase, TJUE, *Caso Gmurzynska- Bscher* (1990, C-231/89) párr. 20; TJUE, *Caso PreussenElektra AG* (2001, C-379/98) párr. 39; TJUE, *Caso Acereda Herrera* (2006, C-466/04) párr. 48; TJUE, *Caso Cipolla y otros* (2006, C-94/04 y C-202/04) párr. 25.

## 1.1. Criterios generales.

A través de la cuestión prejudicial se da la comunicación entre el orden nacional y el europeo, permitiendo en ocasiones revisar las obligaciones de un Estado miembro con las obligaciones derivadas de los tratados. De hecho, la directiva retorno y directiva recepción han suscitado más referencias del TJUE que la mayoría de las medidas en los ámbitos del asilo y la migración, interpretándose ambas bajo el enfoque de expulsión eficiente antes que de los derechos humanos de los inmigrantes. Ello indica que el TJUE ha abandonado su posición de activista integrador por una posición más débil frente a otros actores institucionales y junto a este mecanismo cohabita en difícil armonía el TEDH.

El TJUE ha contribuido con su amplia jurisprudencia en la interpretación de la directiva retorno y su aplicación. Partiremos recordando que esta normativa europea en su artículo 2.1 señala que esta se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. El concepto de *estancia ilegal* se define en su artículo 3.2 como la presencia en el territorio de un Estado miembro, de un nacional de un tercer país que no cumple o ya no cumple las condiciones de entrada tal como se establece en el artículo 5 del Código de Fronteras de Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

### 1.1.1. Ámbitos de aplicación de la normativa vigente.

El TJUE ha contemplado dentro de sus pronunciamientos lo relativo a la interpretación del ámbito de aplicación contenido en la directiva retorno en su artículo 2.1, mediante lo resuelto en el asunto *Affum*<sup>790</sup>. El presente asunto se distingue por dos particularidades: primero, que se refirió a una nacional de un tercer país que ha entrado en el territorio del Estado miembro con fines de mero tránsito y que había sido interceptada al salir de dicho Estado miembro. Ello planteaba la necesidad de determinar si se trataba de una situación a efectos de la referida directiva; y, segundo, entender que el Estado miembro en cuestión no tenía intención de pronunciar una decisión de retorno con arreglo a su artículo 6.1, sino de entregar a la ciudadana en cuestión a las autoridades de otro Estado miembro, al amparo de un convenio celebrado antes de la entrada en vigor de la referida directiva.

Abundamos en los pormenores del asunto *Affum*<sup>791</sup>: una nacional de un tercer país viajó en un autobús por todo el territorio de un Estado miembro, infringiendo las condiciones de entrada, estancia o residencia. Por ello, el TJUE concluyó que se estuvo quedando en dicho territorio ilegalmente en el sentido del artículo 3.2 de la directiva retorno relativo a la

---

<sup>790</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15). A continuación, se relatan los pormenores del caso. El 22 de marzo de 2013, la Sra. Affum, de nacionalidad ghanesa, fue sometida a un control por parte de los agentes de la policía francesa en Francia, punto de entrada al túnel bajo el Canal de la Mancha, cuando se encontraba a bordo de un autobús procedente de Bélgica y con destino a Londres, Reino Unido. Tras haber presentado un pasaporte belga con la fotografía y el nombre de una tercera persona, y al encontrarse desprovista de otros documentos de identidad o de viaje a su nombre, se efectuó su detención preventiva por entrada irregular en el territorio francés. En marzo de 2013, el Prefecto de Pas-de-Calais –órgano al que correspondió pronunciarse sobre la situación administrativa de la Sra. Affum a los efectos de su expulsión del territorio francés– decidió devolver a la Sra. Affum a las autoridades belgas, con vistas a su readmisión. En la precitada orden administrativa, el Prefecto de Pas-de-Calais ordenó el internamiento de la Sra. Affum en instalaciones no pertenecientes a la administración penitenciaria durante un plazo de cinco días a contar desde la conclusión de su detención preventiva, a la espera de su expulsión. Esta orden de detención fue prorrogada, en espera de la respuesta de las autoridades belgas a su solicitud de readmisión. La Sra. Affum se opuso a dicha prórroga, solicitud que fue denegada.

<sup>791</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15).

estancia irregular y tal situación se enmarcaba en el alcance del artículo 2. Además, el TJUE precisó que dichos nacionales debieran estar sujetos al procedimiento de devolución establecido por la directiva para su expulsión, siempre que su estadía no haya sido regularizada.

La opinión del abogado general, Sr. Maciej Szpunar, nos permite profundizar más respecto de este criterio judicial. Aquí se señala que, en virtud del artículo 2.2 de la directiva retorno, los Estados miembros pueden decidir la no aplicación de esta normativa en determinadas situaciones muy concretas. Y en la letra A de esta misma directiva, un Estado miembro puede decidir no aplicar dicha normativa a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores de un Estado miembro y no hayan obtenido anteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro<sup>792</sup>.

El TJUE ha precisado que las excepciones previstas por la directiva retorno no permiten a los Estados miembros excluir a nacionales de su alcance, debido a que ilegalmente cruzaron un límite interno del *espacio Schengen*, o han sido arrestados cuando trataban de abandonar esa zona. Además, el hecho de que el retornado sea sujeto de un procedimiento de readmisión en el Estado miembro de origen no hace que la referida normativa sea inaplicable a su caso. La readmisión simplemente tiene el efecto de transferir la obligación de aplicar el procedimiento de devolución al Estado miembro responsable de recuperar a su nacional<sup>793</sup>. Asimismo, el hecho de que esté o no en tránsito es irrelevante a los efectos de considerar irregular su situación<sup>794</sup>.

Adicionalmente, según lo argumenta el TJUE, la directiva retorno no exime a un nacional de un tercer país no perteneciente a la UE —que se encuentra ilegalmente en el territorio de un Estado Miembro— de ser detenido cuando el procedimiento de devolución se ha aplicado y el nacional vuelve a entrar en el territorio del Estado miembro en infracción de una prohibición de entrada. Esta normativa tampoco impide que los nacionales de un país no perteneciente a la UE sean sometidos a detención administrativa con miras a determinar si su estadía es legal o no. Finalmente, tampoco impide que los Estados miembros puedan imponer una pena de prisión para castigar la comisión de delitos distintos de los derivados del mero hecho de la entrada ilegal, incluso en situaciones donde el procedimiento de retorno no ha sido aún completado.

El TJUE ha privilegiado el principio de eficacia de la norma. Ello al precisar que el encarcelamiento de un nacional de un tercer país no perteneciente a la UE —que ha estado ilegalmente en el territorio de la UE— retrasaría el inicio del procedimiento de devolución y la expulsión de ese nacional, socavando así la eficacia de la directiva retorno. Siendo que esta normativa de mínimos no impide que los Estados miembros puedan imponer una pena de prisión para castigar la comisión de delitos distintos de los derivados del mero hecho de la entrada ilegal, incluso en situaciones donde el procedimiento de devolución aún no sido completado, es lógico prever que los efectos de esta sentencia se extenderán a los Estados miembros donde la detención en base a la permanencia ilegal es posible. En estos casos, tal

<sup>792</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 40.

<sup>793</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 261.

<sup>794</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 73.



legislación interna deberá ser cambiada respecto de la forma en que las autoridades nacionales han de realizar una evaluación individual sobre la situación del nacional de un tercer país en situación ilegal y la posibilidad de aplicar medidas de detención.

En este sentido, puede señalarse que el TJUE ha limitado de forma sustancial el *ius puniendi* de los Estados miembros de imponer penas restrictivas de libertad a aquellos que cometen delitos migratorios basándose no sólo en la letra de las directivas sino en el principio de la efectividad del derecho comunitario. Si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia exclusiva de los Estados miembros —lo que se nota en el montante de la sanción pecuniaria o en la duración de la pena privativa de libertad, cuya determinación corresponde a cada Estado—, de ello no puede deducirse que el derecho de la UE no pueda afectar a dicha rama del derecho como lo ha precisado el TJUE mediante su jurisprudencia<sup>795</sup>.

Abundando un poco más sobre el ámbito de aplicación de la directiva retorno, es menester refrescar con antelación —para entrar en el contexto respeto del caso que a continuación se explana— lo contemplado en su considerando 9. Aquí se especifica que no se debe considerar que el nacional de un tercer país —que haya solicitado asilo en un Estado miembro— se encuentra en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro, hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo. Esto resulta de interés si se concatena con lo señalado en el artículo 2.1 de la directiva retorno —antes explanado— que hace referencia al ámbito de aplicación para los que se encuentran bajo el estatus de estancia irregular. En este contexto jurídico, revisten relevancia los pormenores del asunto *Arslan*<sup>796</sup>, que condujeron al planteamiento de dos cuestiones prejudiciales: a) ¿Debe interpretarse el artículo 2.1 de la directiva en relación con el considerando noveno de ésta, en el sentido de esta normativa no es de aplicación a un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional?, y b) en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe ponerse fin al internamiento de un nacional extranjero a efectos de retorno si éste presenta una solicitud de protección internacional y no existen otras razones para mantenerlo internado?

En su pronunciamiento respecto de las consultas efectuadas, el TJUE resolvió que cuando se trata de un solicitante de asilo, este tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro —con independencia de que se expida o no un permiso de residencia— al menos hasta que su solicitud haya sido denegada en primera instancia, de modo que no puede considerarse que se encuentre en *situación irregular* según lo contemplado por la directiva retorno, puesto que el objetivo de ésta es expulsarlo de dicho territorio. De esto se colige que el artículo 2.1 junto al 9º considerando de esta normativa se debe interpretar como que dicha

<sup>795</sup> Véase, TJUE, *Caso Casati* (1981, C-203/80) párr. 27.

<sup>796</sup> TJUE, *Caso Mehmet* (2013, C-534/11). Los pormenores del asunto *Arslan* son los siguientes. El Sr. *Arslan* fue detenido el 1 de febrero de 2011, por una patrulla de la policía checa e internado y al día siguiente se adoptó una decisión de expulsión contra él por haber entrado y residido en el territorio de la República Checa sin la autorización oportuna. La demandada en el litigio principal decidió mantenerlo internado durante 60 días con el fin de proceder a su expulsión administrativa. El Sr. *Arslan* interpuso un recurso ante los órganos jurisdiccionales checos contra la decisión adoptada por la demandada en el litigio principal de prolongar su internamiento por un período adicional de 120 días. El Sr. *Arslan* sostiene que, en la fecha de la decisión de prolongar la duración de su internamiento, ya no existía ninguna perspectiva razonable de que su expulsión pudiera realizarse antes de la finalización del plazo máximo de internamiento previsto en la legislación nacional, a saber, 180 días. En efecto, a su juicio, dicho plazo se superaría necesariamente habida cuenta de su solicitud de protección internacional.

directiva no es aplicable a un nacional de un país tercero que haya solicitado protección internacional, por lo menos durante el período comprendido entre la presentación de la mencionada solicitud hasta la adopción de la resolución dictada en primera instancia que se pronuncie sobre dicha solicitud; o, en su caso, hasta que se resuelva sobre el recurso que se haya interpuesto contra la citada resolución<sup>797</sup>.

Sin embargo, según opinión del Abogado general, Sr. Melchior Wathelet, sólo en condiciones muy estrictas los Estados miembros pueden limitar el derecho de permanecer, ya que la intención del legislador de la UE de excluir -al menos temporalmente- de la aplicación de la directiva retorno a los solicitantes de asilo se desprende también claramente de su 9º considerando. Este prevé que no se debe considerar que el nacional de un tercer país -que ha solicitado asilo en un Estado miembro- se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo<sup>798</sup>.

Asimismo, en cuanto a la segunda interrogante planteada, el TJUE respondió que el internamiento a efectos de expulsión, regulado por la directiva retorno, y la detención de un solicitante de asilo, está sujeto a regímenes jurídicos diferentes<sup>799</sup>. De este modo, resolvió que -en el caso planteado- se justificaba la detención cuando, tras una apreciación casuística de todas las circunstancias pertinentes, resulta que dicha solicitud fue presentada únicamente con el fin de obstaculizar o de frustrar la ejecución de la decisión de retorno y es objetivamente necesario mantener la medida de internamiento para evitar que el interesado evada definitivamente su retorno<sup>800</sup>. Ello reviste de mayor interés cuando, con dicha acción, se hace inoperante la aplicación de esta normativa hasta el punto de dar lugar a un abuso del derecho de asilo<sup>801</sup>.

El pronunciamiento del TJUE en el asunto *Achughbabian*<sup>802</sup> nos ofrece más claridad respecto del ámbito de aplicación y la posibilidad de excluir la aplicación contenida en la directiva retorno en su artículo 2.2. En este caso, el TJUE ha precisado que esta disposición claramente no puede interpretarse como una posibilidad de excluir la aplicación de tal normativa a los nacionales de terceros países que solo han cometido el delito de estancia ilegal, ya que una interpretación en este sentido le privaría de su propósito y efecto vinculante. Pero el TJUE ha acotado que los nacionales de terceros países que, además del delito de estancia irregular, hayan cometido otro u otros delitos pueden -en su caso, en virtud del artículo 2.2 letra b)- quedar excluidos del ámbito de aplicación de ésta<sup>803</sup>.

Otras consideraciones surgen en relación con el alcance en la aplicación de la directiva retorno. Esta normativa no sólo se aplica desde el momento en que se ha adoptado una decisión de retorno, pues ello supondría una facultad a los Estados miembros de decidir si y en qué momento tienen intención de adoptar una decisión de retorno a fin de iniciar el procedimiento respectivo contra un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en su territorio. En esta normativa no se reconoce tal margen de apreciación a los

<sup>797</sup> TJUE, Caso *Mehmet* (2013, C-534/11) párr. 48-49.

<sup>798</sup> TJUE, Caso *Mehmet* (2013, C-534/11) conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, párr. 63-64.

<sup>799</sup> Cfr. TJCE, Caso *Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 45

<sup>800</sup> TJUE, Caso *Mehmet* (2013, C-534/11) párr. 63.

<sup>801</sup> TJUE, Caso *Mehmet* (2013, C-534/11) conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, párr. 65.

<sup>802</sup> TJUE, Caso *Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 29-31.

<sup>803</sup> TJUE, Caso *Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 41.

Estados miembros, sino que les impone la obligación de poner en marcha el procedimiento de retorno en el caso de cualquier nacional de un tercer país que se halle en situación irregular en su territorio<sup>804</sup>. En el caso *in comento*, el TJUE señaló que la Directiva retorno no impide a un Estado miembro calificar una estancia ilegal de delito y dictar sanciones penales para disuadir y evitar tal infracción de las normas nacionales de residencia, ni imponer una detención mientras se determina si la estancia es legal. Si la detención se impone antes del procedimiento de retorno o durante el mismo, dicha situación queda bajo el alcance de la directiva y, por lo tanto, ha de servir para preparar la expulsión.

El artículo 4 la directiva retorno prevé la posibilidad de aplicación de otras disposiciones<sup>805</sup> más favorables a las contenidas en la propia directiva por parte de los Estados miembros, pero estableciendo ciertos parámetros. Según su artículo 4.2, esta normativa deberá aplicarse sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país. Adicionalmente, en su artículo 4.3 que indica que su aplicación procede sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la aludida directiva. Por su parte, el artículo 6.1 precisa que los Estados miembros deben dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio. Con este repaso en mente, como lo veremos a continuación, el TJUE en algunos momentos ha privilegiado la eficacia de la norma sobre criterios de humanidad.

Tal es el ejemplo de lo ocurrido en el asunto *Zaizoune*<sup>806</sup>. El TJUE aceptó en este caso que los Estados miembros tengan competencias para establecer condiciones más favorables que las existentes en la directiva retorno. Sin embargo, el tribunal precisó que esta normativa se opone a que una normativa de un Estado miembro que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las

<sup>804</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 25-27.

<sup>805</sup> *Cfr.* Directiva Retorno, artículo 4.1. de la: “1. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables de: a) acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros y uno o varios terceros países; b) acuerdos bilaterales o multilaterales concluidos entre uno o varios Estados miembros y uno o varios terceros países”.

<sup>806</sup> TJUE, *Caso Zaizoune* (2015, C-38/14). El Sr. Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado el 15 de julio de 2011 en territorio español por las fuerzas de orden público. Al no haber podido presentar sus documentos de identidad en ese momento, el interesado fue detenido y se inició contra él un procedimiento administrativo de expulsión del territorio español. Ese procedimiento finalizó el 19 de octubre de 2011, mediante una resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa en la que se dictaba su expulsión del territorio español, además de la prohibición de entrada durante cinco años. Dicha resolución fue motivada por la situación irregular del Sr. Zaizoune en España, así como por sus antecedentes penales en dicho Estado. El Sr. Zaizoune presentó un recurso contra la citada resolución el cual anuló la resolución administrativa y sustituyó la expulsión por una multa. Posteriormente la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el tribunal remitente. El referido tribunal observó que, según las normas nacionales de que se trata, la sanción principal para la infracción de estancia irregular de los nacionales de terceros países es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional. Por ello planteo la cuestión prejudicial inquiriendo si, a la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las directivas, los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la directiva retorno debían ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión.

circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, ya que ambas medidas son excluyentes entre sí. En este sentido, la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva retorno, –adoptadas o mantenidas por los Estados miembros–, sean compatibles con esta para no privarle de su efecto útil<sup>807</sup>.

### 1.1.2. Interpretación de nociones ambiguas.

En la directiva retorno contiene varias nociones que han sido objeto de interpretación por parte del TJUE. Uno de ellos es el relativo a lo que debe entenderse por *frontera exterior*. El Sr. Maciej Szpunar, el abogado general, Sr. Maciej Szpunar ha señalado que en la propia directiva no se encuentra una definición de los términos *frontera interior* o *frontera exterior*, sino que en tales casos es aplicable la definición ofrecida por el Código de fronteras Schengen en su artículo 2.1.a), y 2.2, según el cual constituyen *fronteras interiores* las fronteras terrestres comunes de los Estados miembros y *fronteras exteriores*, las fronteras terrestres junto a las fronteras marítimas de los Estados miembros siempre que no sean fronteras interiores<sup>808</sup>.

Por otra parte, también se ha pronunciado respecto de la detención y su naturaleza. Así, se ha entendido el internamiento como *ultima ratio*, que procede únicamente en la medida en que sea estrictamente necesario y en esperas de una expulsión, según se desprende de la lectura de los artículos 15 al 18 de la directiva retorno; ya que, si los procedimientos de retorno y expulsión no se tramitan con la diligencia debida, el internamiento deja de estar justificado a efectos de dichas disposiciones por no tener este un carácter punitivo ni un carácter penal y no constituir una pena de prisión<sup>809</sup>. Así, su artículo 15.1 requiere una interpretación estricta dado que, el internamiento forzoso en cuanto a la privación de libertad, constituye una excepción al derecho fundamental de la libertad individual<sup>810</sup>. Ello ha sido ratificado por los convenios internacionales en materia de derechos humanos que regulan el tema de la detención y del derecho a la libertad personal.

También se ha pronunciado respecto de la obligatoriedad de los estados de acatar una decisión de retorno. En su argumentación, el TJUE ha enfatizado que el objetivo principal de la directiva retorno es el de establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Así, en su artículo 1 se establecen las *normas y procedimientos comunes* aplicables por cualquier Estado miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En tal sentido, en su artículo 6, apartado 1, se prevé ante todo, con carácter principal, la *obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno* contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, a menos que las circunstancias del asunto permitan su engarzamiento en alguna de las excepciones previstas en el artículo 2, lo cual no era aplicable en el asunto *Zaizoune*<sup>811</sup>.

<sup>807</sup> TJUE, *Caso Zaizoune* (2015, C-38/14) párr. 38-39.

<sup>808</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 43.

<sup>809</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 48.

<sup>810</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 50.

<sup>811</sup> TJUE, *Caso Zaizoune* (2015, C-38/14) párr. 30-31.

Pero sus criterios son de naturaleza dispar. Ello se observa en lo tocante a la posibilidad que tienen los Estados de aplicar medidas más favorables a las previstas en la directiva retorno. Si bien el TJUE reconoce dicha facultad a los Estados, luego se desdice en el caso *Zaizoune* y niega al Reino de España –por contraria al derecho europeo– la práctica de *tolerar* bajo multa de conformidad con la ley de extranjería a los inmigrantes irregulares en lugar de expulsarlos, contradiciendo así la obligación que tienen los Estados miembros de emitir una orden de expulsión y ejecutarla por debilitar los estándares comunes, demorar el *regreso* y quebrar el principio de solidaridad, cerrando toda posibilidad a la expulsión facultativa como había sido el caso hasta ese momento y sostenía algún autor<sup>812</sup>.

Por otra parte, cuando la legislación nacional no contempla una medida pecuniaria capaz de sustituir el retorno –sino que, por el contrario, le complementa–, el criterio del TJUE ha sido diferente. El siguiente caso –asunto *Sagor*<sup>813</sup>– nos ilustra. En *Sagor*, el TJUE señaló que la adopción y la ejecución de las medidas de retorno o las de privación de libertad contempladas por la directiva retorno no se ven retrasadas, u obstaculizadas de otro modo, por el hecho de que esté pendiente una acción penal de tipo económico, dado que el retorno puede realizarse con independencia de dicha acción penal y sin que ésta llegue a término, caso en el cual el juez debe, tras tomar conocimiento del retorno del interesado, dar por concluido el procedimiento penal mediante una sentencia de sobreseimiento<sup>814</sup>. En este asunto el tribunal se refirió a la *flexibilidad* que caracteriza al concepto de *decisión de retorno* contemplado en su artículo 3.4, el cual admite que la decisión que impone la obligación de retorno se adopte bajo la forma de una resolución judicial de carácter penal<sup>815</sup>. El TJUE añadió que no hay ningún precepto de esta normativa que se oponga a que la expulsión contemplada en su artículo 8.1 se lleve a cabo en el marco de un procedimiento penal.

Y al referirse a la procedencia o no del arresto domiciliario en vez de la detención en un centro de detención, en el asunto *Sagor*<sup>816</sup> el TJUE fue más lejos aún, al precisar —a diferencia de los fallos anteriores— que los arrestos domiciliarios estarán permitidos siempre que no retrasen la ejecutoriedad de la remoción o finalicen cuando esta no se puede efectuar<sup>817</sup>, analizando así la compatibilidad del artículo 53 del decreto legislativo italiano

---

<sup>812</sup> BLÁZQUEZ (2010) p. 20.

<sup>813</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11). El 13 de agosto de 2009, en Italia, un individuo interrogado por la policía declaró que se llamaba Md Sagor y que había nacido el 10 de octubre de 1990 en Bangladesh. Tras examinarse la situación del Sr. Sagor se comprobó que el interesado –quien carecía de domicilio fijo en Italia y que trabaja como vendedor ambulante en ese país– no poseía permiso de residencia. En 2010, el Sr. Sagor fue citado a comparecer ante el Tribunale di Rovigo para responder del delito de entrada o situación irregular. Pero en opinión de ese órgano jurisdiccional, no quedó acreditado que el Sr. Sagor hubiera entrado en Italia de modo irregular. Concretamente, no quedó demostrado de modo suficiente en Derecho que el interesado hubiera eludido los controles fronterizos. Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional declaró que el delito de situación irregular había quedado debidamente probado y, además, que era competente para conocer del mismo. En tal caso se debía, en principio, sancionar la situación irregular del Sr. Sagor con la pena establecida, pero se albergaban dudas acerca de la compatibilidad de dicha normativa nacional con el Derecho de la Unión, por lo que se planteó la cuestión prejudicial.

<sup>814</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11) párr. 35-36.

<sup>815</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11) párr. 39.

<sup>816</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11).

<sup>817</sup> De acuerdo con el TJUE, la Directiva 2008/115 se opone a una normativa de un Estado miembro que sancione la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario, sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro, TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11).

274/2000<sup>818</sup>. El fallo precisó que las medidas de retorno no deben ser demoradas ni impedidas por un enjuiciamiento penal, ya que la legislación nacional en cuestión permite que el retorno se tramitara independientemente de la acusación penal, incluso sin que ese enjuiciamiento haya llegado a su fin. En este orden de ideas, el TJUE añadió que tampoco la imposición de una multa puede impedir la aplicación del procedimiento de devolución. Además, la posibilidad de que el tribunal penal sustituya la multa con una orden de expulsión acompañada de una prohibición de entrada, en lo que respecta a Italia, en situaciones donde es posible efectuar inmediatamente el regreso del individuo en cuestión, no es contraria a la directiva retorno. De hecho, —según lo precisa el referido tribunal— esta normativa permite a los Estados miembros, en base de un examen individual de la situación del individuo en cuestión, imponer la expulsión sin otorgar un plazo para la salida voluntaria cuando exista un riesgo que el individuo puede huir para evitar el procedimiento de devolución<sup>819</sup>.

En *Sagor* el TJUE observó que se requiere de los Estados miembros, bajo su deber de lealtad y requisitos de eficacia a que se refiere la directiva retorno, ejecutar la expulsión tan pronto como sea posible. Cuando una multa es reemplazada por una orden de detención domiciliaria, el TJUE encontró que esa orden, —impuesta en el curso del procedimiento de devolución— no ayuda a lograr el traslado físico de un nacional de un tercer país que se encuentra ilegalmente fuera del territorio del Estado miembro interesado. Por el contrario, la orden de detención domiciliaria puede retrasar y, por lo tanto, impedir medidas como la deportación y el retorno forzado por vía aérea, que pueden utilizarse para lograr la expulsión<sup>820</sup>. Al respecto, el TJUE señaló que tal riesgo de socavar el procedimiento de retorno existe en particular cuando la legislación aplicable no establezca que la ejecución de una orden de detención domiciliaria —impuesta a un nacional de un tercer país que se queda ilegalmente nacional— deba llegar rápidamente a su fin tan pronto como sea posible efectuar la expulsión de esa persona. En este caso en TJUE se pronunció a favor de la detención con el fin de tramitar de forma más expedita la expulsión antes que la detención domiciliaria.

En los asuntos relacionados con esta cuestión, el TJUE evaluó si la directiva relativa al retorno permite a los Estados miembros penalizar el incumplimiento con una orden de restitución o una detención ilegal con encarcelamiento —asuntos *El Dridi*, *Achughbavian* y *Affum* respectivamente— o la detención domiciliaria —asunto *Sagor*— como una sanción penal. El TJUE concluyó claramente que los Estados miembros no pueden imponer sanciones penales para comprometer la consecución de los objetivos perseguidos por la referida normativa y, privarla así de su eficacia; lo que significa que no se pueden imponer sanciones penales si obstaculiza o retrasa el regreso los nacionales de terceros países con estadía ilegal<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Cuyo contenido era: “...la pena del arresto domiciliario conlleva la obligación de permanecer en la vivienda propia u otro domicilio particular o en un centro de tratamiento, asistencia, centro de día (...). El tribunal, a la vista de consideraciones familiares, laborales, de estudios, de salud de la persona puede ordenar que la pena se ejecuta en días alternos de la semana, o de forma continuada. 2. La duración del arresto domiciliario no podrá ser menor de seis días ni exceder de 45 días. La persona en cuestión no será considerada como detenida”, Decreto Legislativo n. 274, de 2000.

<sup>819</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11) párr. 41.

<sup>820</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11) párr. 45.

<sup>821</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 263.

## 1.2. Criterios específicos.

El TJUE también ha abordado la interpretación de la directiva retorno en lo relativo a ciertos aspectos de la señalada normativa, cuya revisión pormenorizada interesa en esta sección a fin de alcanzar el objetivo perseguido en las presentes líneas investigativas. Así, se ha abordado lo relativo a la aplicación de sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular, la aplicación de sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada, la duración de la prohibición de entrada, y el principio de proporcionalidad en la valoración de la necesidad de la medida. A continuación, analizamos los criterios emitidos por el TJUE sobre tales aspectos.

### 1.2.1. Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.

Se han remitido al TJUE diversos asuntos relativos a la detención de nacionales de terceros países en procedimientos de retorno por entrada o estancia irregulares<sup>822</sup>. Para entrar en contexto es preciso señalar que el artículo 2.2 (b) de la Directiva retorno permite a los Estados miembros excluir su aplicación a nacionales de terceros países sujetos a devolución con motivo de una sanción penal según la legislación nacional, o a quienes son sujetos de procedimientos de extradición. En el asunto *El Dridi*<sup>823</sup>, se pidió al TJUE que verificase si imponer una sanción de detención penal a un nacional de un tercer país durante el procedimiento de retorno y con el único motivo de que no había cumplido una orden administrativa de abandonar el territorio en el período señalado era compatible con sus artículos 15 y 16 relativos al internamiento y las condiciones de este. El TJUE debía determinar si la detención se podía considerar como una medida necesaria para ejecutar la decisión de retorno; o si, por el contrario, se tenía que considerar como una medida que comprometía la ejecución de la decisión.

Los antecedentes del caso fueron los siguientes. El Sr. El Dridi, nacional de un tercer país, ingresó a Italia de manera irregular, emitiéndose una orden de expulsión para que abandonara el país en un plazo de cinco días. Esa orden de expulsión estaba motivada por la indisponibilidad de un vehículo u otro medio de transporte, la falta de documentos de identidad del Sr. El Dridi, y la imposibilidad de acogerle provisionalmente en un centro de internamiento debido a la falta de plazas en los establecimientos previstos para tal fin. Posteriormente en ese mismo año se comprobó que el Sr. El Dridi no había dado cumplimiento a esa orden de expulsión. Por ello fue condenado por el *Tribunale di Trento*, pronunciándose en formación unipersonal según el procedimiento abreviado, a la pena de un año de prisión por el delito tipificado en el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo N° 286/1998, sentencia que fue apelada por el Sr. El Dridi.

Para resumir las circunstancias del caso aquí comentado, la duda de este asunto giró en torno a la posibilidad de imponer una sanción penal durante la tramitación de los procedimientos administrativos de retorno de un extranjero a su país de origen por la inobservancia de las fases de éstos, ya que tal sanción parece contraria al principio de cooperación leal, a la necesidad de lograr los objetivos de la directiva retorno y de garantizar el efecto útil de ésta, así como a los principios de proporcionalidad, adecuación y racionalidad de la pena. En este sentido, el TJUE precisó que la orden de expulsión emitida al inmigrante irregular no tenía correlación con el acto penalmente ilícito de la entrada

<sup>822</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11); TJUE, *Caso Filev y Osmani* (2013, C-297/12).

<sup>823</sup> TJUE, *Caso El Dridi* (2011, C-61/11) párr. 29-62.

irregular y, por tanto, la excepción prevista en el artículo 2. 2 no era de aplicación en el referido caso. De esta forma se precisó que la detención penal no era compatible con el ámbito de aplicación de la referida normativa —a saber, el establecimiento de una política de retorno efectiva acorde con los derechos fundamentales— ya que no contribuía a la expulsión del nacional de un tercer país del territorio del Estado —miembro de la UE— afectado por esa estancia ilegal.

En el *Caso El Dridi* se precisa aquellos elementos que fijan una marcada diferencia entre la detención penal y la detención previa a la devolución. Ello se desprende de la lectura de los artículos 15 y 16 de la directiva retorno, relativos al internamiento y sus condiciones junto a lo contenido en el artículo 8.1. En este último se regula la obligación de actuar que incumbe al Estado miembro para que se ejecute la decisión de retorno y otra obligación de abstenerse de tomar medidas que puedan frustrar la ejecución de esa decisión; por lo que, mientras que los referidos artículos prevén la detención como último recurso para asegurar las labores de retorno, la pena la pena de prisión representa una sanción impuesta por la infracción de una orden de la autoridad pública, lo que le constituye como una reacción represiva del ordenamiento jurídico contra una vulneración de una orden de la autoridad y no como una medida coercitiva destinada a ejecutar la decisión de retorno<sup>824</sup>. En el asunto *El Dridi* la pena de prisión prevista en caso de incumplimiento de una orden de la autoridad pública de salir del territorio nacional en un plazo determinado impedía objetivamente, aunque sólo sea de forma temporal, la ejecución de esa decisión de retorno.

El TJUE más o menos explícitamente ha enfatizado que los Estados miembros no pueden aplicar normas, incluso las normas de derecho penal, que puedan poner en peligro el logro de los objetivos perseguidos por una directiva y, por lo tanto, privarle de su eficacia. En este sentido, en el asunto *El Dridi*, el TJUE señaló que los Estados miembros no pueden recurrir a una pena privativa de libertad —para remediar el fracaso de las medidas coercitivas adoptadas para ejecutar la expulsión forzada— sobre la única base de que un nacional de un tercer país sigue permaneciendo ilegalmente en el territorio de un Estado miembro. Esto para aquellos casos en los que se le ha notificado de la orden de abandonar el territorio nacional a la persona en cuestión y el período concedido en ese orden hubiese expirado. Este pronunciamiento se extendía a todos los sistemas legales nacionales que preveían la detención administrativa de inmigrantes irregulares basada meramente en sus estatutos migratorios, siendo —como indica Raffaelli— la primera ocasión en la que un tribunal internacional estableciera un equilibrio entre legislación penal nacional y políticas migratorias europeas<sup>825</sup>.

Por su parte, en el asunto *Achughbaban*<sup>826</sup> el TJUE examinó si los principios establecidos previamente en el asunto *El Dridi* podían aplicarse en la condena a prisión de un nacional de un tercer país por un delito de entrada o estancia ilegal en el territorio de un Estado miembro de la UE. Este asunto versa sobre un nacional armenio que entró en Francia en 2008 y un año después se le conminó a abandonar el territorio francés en el plazo de un mes mediante una salida voluntaria. Tras negarse a abandonar el país, se adoptó una nueva orden de expulsión en junio de 2011, esta vez de manera forzosa con aplicabilidad inmediata y se le puso bajo custodia policial siendo retenido en un centro especializado por permanencia

<sup>824</sup> TJUE, *Caso El Dridi* (2011, C-61/11) opinión del Abogado General, Sr. Ján Mazák, párr. 40.

<sup>825</sup> RAFFAELLI (2011) pp. 32-45.

<sup>826</sup> TJUE, *Caso Achughbaban* (2011, C-329/11) párr. 29-31.



ilegal, lo que fue recurrido ante los tribunales franceses quienes plantean la cuestión prejudicial.

En el *Caso Achughbabian*<sup>827</sup> el TJUE precisó que los términos *medidas y medidas coercitivas* que figuran en el artículo 8, apartados 1 y 4, de la directiva retorno, hacen referencia a toda actuación que conduzca, de forma eficaz y proporcionada, al retorno del interesado y en este contexto su artículo 15 dispone prevé el internamiento, es decir, sólo con objeto de preparar y de permitir la expulsión<sup>828</sup>. En tal sentido, el TJUE determinó que la imposición y la ejecución de una pena de prisión en el curso del procedimiento de retorno no contribuye a que se lleve a cabo la expulsión que dicho procedimiento persigue, esto es, a que se traslade físicamente al interesado fuera del Estado miembro de que se trata y por ende, dicha pena no constituye una medida o una medida coercitiva según lo define el artículo 8<sup>829</sup>.

En atención a lo anterior, según el TJUE, la directiva retorno estaba siendo desoída, pues la detención penal no tenía por objetivo preparar la expulsión, sino que podía obstaculizar la aplicación de las normas y procedimientos comunes y posponer el retorno, socavando su efectividad<sup>830</sup>. Lógicamente, hay que entender la extensión de este razonamiento a aquellas sanciones penales que se imponen por permanencia irregular o incumplimiento de una orden de no ingreso. En tanto, los inmigrantes irregulares que no cumplen con disposiciones migratorias caen bajo el ámbito de esta normativa. Por ello, según el TJUE no se puede imponer una pena por incumplir las normas de migración ya que ello debilita la efectividad de la normativa en cuanto a la demora de la expulsión y amenaza la armonización de las políticas de expulsión. Avanzando las posiciones europeístas, el TJUE indicó que la exclusión del derecho penal de la aplicación de la directiva retorno no era aplicable en los supuestos en que la sanción penal se imponía exclusivamente por el hecho de la entrada irregular<sup>831</sup>.

Sin embargo, resulta interesante que el TJUE no excluyó la posibilidad de que los Estados miembros impongan una detención penal una vez completado el procedimiento de retorno, es decir, si se han aplicado las medidas coercitivas previstas en el artículo 8 de la directiva y, no obstante, la expulsión no se ha podido realizar con éxito. De este argumento se deduce que la clasificación de violación de la prohibición de entrada como delito y la imposición de sanciones penales en la legislación nacional son, en principio, asuntos de los Estados miembros, lo que muestra la naturaleza autónoma de derecho penal nacional. No obstante, bajo la directiva retorno existen limitaciones estrictas para la imposición de sanciones penales por parte de los Estados miembros, relativizando la naturaleza autónoma del derecho penal nacional<sup>832</sup>. Por lo tanto, las sanciones penales solo pueden adoptarse una vez que se haya agotado el procedimiento de devolución, si la adopción de medidas coercitivas no permite que ejecute la expulsión del inmigrante y solo en la medida en que no haya justificación para el no retorno. Finalmente, la imposición de tales sanciones está sujeta

<sup>827</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 29 - 31.

<sup>828</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 36.

<sup>829</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 37.

<sup>830</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11) párr. 39.

<sup>831</sup> La directiva retorno en sus artículos 15 y ss, señala que "...no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno".

<sup>832</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 256.

a cumplimiento de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos reconocidos por el CEDH.

La propia directiva cuenta con un sistema gradual de sanciones que discurre desde la salida voluntaria hasta la detención administrativa en último término, no obstante, se deja un estrecho margen al derecho penal interno y se pueden imponer sanciones privativas de libertad siempre por períodos breves, en aquellos supuestos en los que el proceso de expulsión se ha completado. Pero ello no es inminente<sup>833</sup> y con respeto de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH y de la CDFUE. Así, en cuanto al internamiento o a la privación de libertad, fuera de las situaciones que contempla, la directiva retorno no contiene ninguna disposición relativa a la posibilidad de que los Estados miembros puedan recurrir al internamiento o a la privación de libertad como sanción penal en relación con una estancia irregular, dado que su objetivo es un rápido retorno de los nacionales de un Estado tercero en situación irregular, por lo que, cualquier medida de internamiento o pena de prisión no impuesta en el marco de un procedimiento de retorno acabará retrasando dicho procedimiento<sup>834</sup>.

### 1.2.2. Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.

Por su parte, también deben considerarse los criterios del TJUE emitidos en el *asunto Celaj*<sup>835</sup> respecto de la posibilidad para los Estados miembros de legislar sanciones penales para aquellos extranjeros que permanecen en el territorio de manera irregular después de aplicárseles un procedimiento de expulsión y que han reingresado en violación de una prohibición de reentrada. Para entrar en contexto es preciso referirnos a lo contemplado en los artículos 3.6 y 11 de la directiva retorno relativo a las prohibiciones de entrada. He aquí sus disposiciones más resaltantes. Primeramente, el artículo 3.6 señala que ha de entenderse por *prohibición de entrada* la decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno. En este sentido, en su artículo 11 se indica que las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada

<sup>833</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 256.

<sup>834</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 49.

<sup>835</sup> TJUE, *Caso Celaj* (2015, C-290/14). En el caso que a continuación referimos, los hechos se sucedieron tal como se narran: el Sr. Celaj fue detenido el 26 de agosto de 2011 en territorio italiano por las fuerzas del orden de Pontassieve (Italia) por tentativa de robo con violencia. El interesado fue condenado, debido a esta infracción, a una pena privativa de libertad y al pago de una multa mediante una sentencia que adquirió fuerza de cosa juzgada el 15 de marzo de 2012, si bien su ejecución fue suspendida. El 17 de abril de 2012, el prefecto de Florencia dictó contra el Sr. Celaj un decreto de expulsión acompañados de una prohibición de entrada de una duración de tres años. En su decisión, el prefecto de Florencia precisó que debía excluirse la posibilidad de conceder al Sr. Celaj un plazo de salida voluntaria dado que éste no lo había solicitado y existía un riesgo de fuga. No obstante, por razones técnicas no hubo un acompañamiento a la frontera. En consecuencia, las autoridades italianas competentes ordenaron al interesado que abandonara inmediatamente el territorio nacional advirtiéndole de que, en caso de incumplimiento, se le aplicarían las sanciones previstas por la ley. Sin embargo, el interesado continuó residiendo en el territorio italiano. El 4 de septiembre de 2012, el Sr. Celaj se presentó espontáneamente en la comisaría de policía de fronteras de Brindisi (Italia) y abandonó el territorio italiano. Posteriormente, el Sr. Celaj entró de nuevo en territorio italiano y en 2014 fue detenido, oportunidad en la que se solicitó que fuera condenado a una pena privativa de libertad de ocho meses. Por su parte el abogado del interesado solicitó su puesta en libertad alegando que la directiva retorno se oponía a esa normativa nacional y que, por tanto, los hechos no eran constitutivos de delito.

si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o si la obligación de retorno no se ha cumplido. A continuación, el referido artículo también señala que la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años salvo que la persona sobre la que recae la prohibición represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Adicionalmente, se concede la posibilidad de revocación a suspensión a los Estados miembros si la persona sobre quien recae la prohibición de entrada puede demostrar que ha abandonado el territorio del Estado miembro en pleno cumplimiento de una decisión de retorno.

En el asunto *Celaj* el TJUE consideró que la directiva retorno no excluía la posibilidad para los Estados miembros de legislar sanciones penales para aquellos extranjeros que permanecen en el territorio de manera irregular después de aplicárseles un procedimiento de expulsión y que han reingresado en violación de una prohibición de reentrada<sup>836</sup>. No obstante, el tribunal precisó que esta pena sólo será permisible siempre que la prohibición de entrada cumpla con lo contemplado en el artículo 11 y que su imposición se haga de conformidad con los derechos fundamentales –y, en su caso con el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados–, elementos nucleares del derecho europeo<sup>837</sup>. En *Celaj* el TJUE arribó a la conclusión de que las circunstancias del caso de dicho asunto son claramente distintas de las de los casos que condujeron a las sentencias en *El Dridi* y *Achughbabian*, los que versaron sobre nacionales de terceros países que permanecieron con estancia ilegales y que estaban sujetos a un primer procedimiento de devolución en el Estado miembro.

Sin embargo, en la sentencia del asunto *Celaj* el TJUE no siguió la opinión del Abogado General Szpunar, emitida en abril de 2015, que estuvo fundamentada en la efectividad, así como en el objetivo principal de la directiva retorno, a saber, el retorno de los ciudadanos indocumentados no pertenecientes a la UE. Estos argumentos si habían sido desarrollados por el tribunal en una línea de jurisprudencia que abordaba la relación entre las sanciones penales internas y la directiva. La jurisprudencia del TJUE ha reconocido dos situaciones en las que esta normativa europea no se opone a la privación de libertad de un nacional de un tercer país basada en la irregularidad de su situación, a saber, cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno y el nacional se halle en una situación irregular en dicho territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno –asunto *Achughbabian*– y cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno y la persona afectada entra de nuevo en el territorio de este Estado miembro –asunto *Celaj*– infringiendo una prohibición de entrada<sup>838</sup>. Como ya lo mencionamos con anterioridad, en el asunto *El Dridi* el TJUE había dictaminado que el encarcelamiento como sanción de ley penal por no abandonar el país durante el período de salida voluntaria no era compatible con la directiva retorno. En el asunto *Achughbabian* el referido tribunal encontró que esta normativa también excluía el encarcelamiento como una sanción de ley penal por la irregularidad en sí misma si se ordenaba antes de iniciar el proceso de remoción o durante dicho proceso. La justificación subyacente de las conclusiones del TJUE en ambos casos fue que una pena de prisión como sanción de ley penal demoraría la remoción de la persona interesada y, por lo tanto, pondría

<sup>836</sup> TJUE, *Caso Celaj* (2015, C-290/14) párr. 25.

<sup>837</sup> TJUE, *Caso Celaj* (2015, C-290/14) párr. 32.

<sup>838</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 56.

en peligro el objetivo perseguido por esa directiva. En este orden de ideas, el abogado general Szpunar invitó al TJUE a seguir su jurisprudencia bien establecida y declarar que el encarcelamiento por el incumplimiento de la prohibición de entrada como sanción de ley penal es incompatible porque demoraría el retorno de la persona interesada<sup>839</sup>.

Los argumentos del abogado general Szpunar parten de la siguiente idea: la directiva retorno no establece distinciones en función del número de veces que un nacional de un tercer país intente entrar en el territorio de un Estado miembro ya que la entrada ilegal es, en primer lugar, y ante todo una cuestión sujeta a la legislación de la UE en materia de entrada, como el Código de fronteras Schengen; por lo que, una vez que un nacional de un tercer país se encuentra en el territorio de un Estado miembro y se ha comprobado que se halla en situación irregular, debe ser objeto de una decisión de retorno<sup>840</sup>. Ello como consecuencia de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 6 y siguientes, las cuales son constantes, continuadas y se aplican sin interrupción –automáticamente tan pronto como concurren los requisitos previstos en tales artículos–, por lo que, la no adopción de una decisión de retorno optando por el encarcelamiento del infractor, suspendería efectivamente las obligaciones derivadas de la referida normativa<sup>841</sup>.

Todos los procedimientos de devolución regulados por la directiva retorno persiguen la rápida remoción del ciudadano no perteneciente a la UE. Por lo tanto, parece irrelevante si el retorno se persigue debido a una entrada irregular o a un reingreso irregular, lo que hace evidente que el argumento de tal *distinción* por parte del TJUE estuvo incardinada en las preocupaciones de los Estados encaminadas a la *disuasión* en lugar de consideraciones basadas en las disposiciones y objetivos de esta normativa. Por ello, la decisión adoptada por el TJUE en Celaj parece comprometer la efectividad de la directiva retorno para otorgar discreción a los Estados miembro en cuanto a la aplicación de sus disposiciones penales internas a fin de disuadir y castigar a los migrantes por violar la prohibición de reingreso. Por ello, pese a todas las disposiciones y criterios anteriores, en su criterio el TJUE no hace más que poner de manifiesto que, cuando los nacionales de terceros países vuelven a entrar en el territorio de un Estado miembro incumpliendo una prohibición de entrada, estos últimos adoptan medidas que criminalizan las infracciones administrativas creando una combinación entre la ley de inmigración (no punitiva) y la ley penal, lo que puede llevar a consecuencias negativas para los inmigrantes y una sobrecarga indebida al sistema de justicia penal<sup>842</sup>.

De los diversos fallos revisados, se desprende la evidente intercalación entre la ley de inmigración y la ley penal. Esto se hace más palpable en el área de la directiva retorno y la prohibición de entrada prevista, ya que existen leyes vigentes que penalizan la entrada y / o estancia ilegal, en diferentes formas, en la mayoría de los Estados miembros. Sin embargo, solo en condiciones estrictas y limitadas, los Estados miembros pueden imponer sanciones penales, aspecto claramente en línea con el preámbulo que contiene una serie de principios fundamentales que sustentan la legislación en su conjunto y que, por lo tanto, deberían tenerse en cuenta en la aplicación de sus provisiones. Se deduce que la entrada la prohibición cae

---

<sup>839</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 6.

<sup>840</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 50.

<sup>841</sup> TJUE, *Caso Affum* (2016, C-47/15) conclusiones generales presentadas por el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, párr. 50.

<sup>842</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 261.

dentro del alcance de la ley de criminología, lo que se traduce en el fenómeno de la doble criminalización de la migración, ya que en algunos países de origen existe para el nacional de un tercer Estado –irregular que ha sido expulsado por un Estado miembro de la UE – el riesgo de penalización en forma de sanción penal, ya sean multas o penas privativas de libertad. Cuando estos países criminalizan la migración, forzados a regresar de forma expedita a sus países de origen o de nacionalidad, estas personas *inadmisibles* nunca llegan a convertirse en migrantes sino en ciudadanos sospechosos que terminan siendo penalizados de dos formas: mediante su regreso involuntario y segundo, por la apertura de sumarios penales en sus países. Es por este motivo, que la posibilidad de doble incriminación debe ser analizada en toda política relacionada al regreso<sup>843</sup>.

Junto lo anterior es importante recalcar el efecto disuasivo de estas medidas y su efecto limitante en la actuación de los Estados parte. Estas medidas se han traducido en un bloqueo al poder de los Estados de regularizar masivamente la condición de inmigrantes irregulares, lo que posiblemente tendrá el efecto de replicarse en otros lugares del mundo, acabando con la práctica de regularización que a través del tiempo se ha considerado un mecanismo útil de integración y limitativo de la criminalización de la migración al normalizar el hecho migratorio con independencia de su carácter regular o irregular. Una solución exhaustiva para la migración irregular responde a la lógica de que mucha agua ha fluido bajo los puentes europeos en estas últimas décadas y el paradigma que avanzara Von Bogdandy de que los derechos humanos se situaron en un primer plano de la integración europea pero que no constituía en modo alguno su *raison d'être*<sup>844</sup> ha mutado para situarnos ante *una arquitectura abierta* de derecho europeo de los derechos humanos<sup>845</sup> como último estadio del *ius publicum* europeo clásico o su aceptación contemporánea de espacio jurídico europeo multinivel.

### 1.2.3. Duración de la prohibición de entrada.

Otro caso relevante respecto de la interpretación de la directiva retorno se encuentra en el asunto *Filev y Osmani*<sup>846</sup>. Para entrar en contexto es preciso previamente recordar lo preceptuado en su artículo 11. 2, según el cual, la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto. demás, en principio su vigencia no excederá de cinco años, pudiendo exceder de este lapso si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

En el asunto *Filev y Osmani*<sup>847</sup> el TJUE señaló que el artículo 11.2 de la directiva retorno se debía interpretar como que se opone a que una infracción de una prohibición de

<sup>843</sup> En más detalle, JILL (2015) pp. 742-755.

<sup>844</sup> VON BOGDANDY (2000) p. 1307; véase, ROSAS (2011).

<sup>845</sup> VON BOGDANDY (2014) pp. 980- 985.

<sup>846</sup> TJUE, *Caso Filev y Osmani* (2013, C-297/12).

<sup>847</sup> TJUE, *Caso Filev y Osmani* (2013, C-297/12). A raíz de la conclusión del procedimiento relativo a su petición de asilo, la Oficina federal para el reconocimiento de los refugiados extranjeros ordenó al Sr. Filev en octubre de 1992 que abandonara el territorio alemán. Durante los años 1993 y 1994, se dictaron contra éste medidas de expulsión hacia la antigua República Yugoslava de Macedonia cuyos efectos no eran limitados en el tiempo. El 28 de abril de 2012, el Sr. Filev volvió a entrar en territorio alemán, donde fue sometido a un control policial. Este control policial reveló que en 1992 se había dictado una orden de retorno en su contra. A raíz de dicho control, se inició un procedimiento penal en su contra y se ordenó su detención provisional. El 3 de mayo de 2012, durante la vista celebrada ante el órgano jurisdiccional remitente, el ministerio público solicitó

entrada y estancia en el territorio de un Estado miembro –dictada más de cinco años antes de la fecha de la nueva entrada en ese territorio del nacional de un tercer país interesado o de la entrada en vigor de la normativa nacional que transpone dicha directiva–, dé lugar a una sanción penal, salvo si dicho nacional representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional<sup>848</sup>.

Este razonamiento estuvo basado en el principio de la eficacia de la norma y la protección del derecho europeo aclarando con ello la interpretación del artículo 11, apartado 2, de la directiva retorno. Esto impide la continuación de los efectos de las prohibiciones de entrada de duración establecidas antes de la fecha en que entró en vigor esta normativa, más allá de la duración máxima de las prohibiciones de entrada establecidas por esa disposición, excepto cuando esa prohibición de entrada sea emitida contra nacionales de terceros países que constituyan una amenaza grave para el público orden, seguridad pública o seguridad nacional de ese Estado miembro. Según el TJUE en el asunto *Filev y Osmani*, esta directiva debe ser interpretada impidiendo que los Estados miembros puedan recurrir a una orden de expulsión o expulsión que es anterior a cinco años o más, como base para un proceso penal.

#### 1.2.4. Principio de proporcionalidad de la medida.

En su artículo 8.4, la directiva retorno señala que en los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán *proporcionadas* y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable. Se aplicarán según establezca la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate. En este contexto, se ha recalcado la relevancia del principio de proporcionalidad y la valoración individual de la necesidad de la medida, lo que contrasta con la aproximación del TEDH que de forma consistente ha sostenido que la detención administrativa en este contexto no requiere ser una medida necesaria y que en consecuencia no existe la obligación de adoptar medidas menos coercitivas<sup>849</sup>. Vinculado con este tema, el asunto de jurisdicción nacional

---

que se condenara al Sr. Filev a una pena de 60 días-multa por un importe único de 15 euros debido a su entrada ilegal en Alemania y, consecutivamente, a su situación ilegal. En el mismo caso, respecto al Sr. Osmani, los hechos fueron los siguientes. El 19 de noviembre de 1999, el Sr. Osmani fue objeto de una decisión de expulsión adoptada por Alemania, con arreglo a las disposiciones de la Ley sobre extranjeros a la sazón vigentes, que preveían dicha medida para las infracciones a la Ley sobre productos estupefacientes. Los efectos de la medida de expulsión no estaban limitados en el tiempo. El 10 de junio de 2003, el Sr. Osmani fue de nuevo condenado por tráfico ilícito de estupefacientes en dos asuntos, a dos años y ocho meses en total de privación de libertad. Luego en el 2004, tras haber cumplido una parte de dicha condena, fue puesto en libertad y se le aplicó una medida de expulsión cuyos efectos no estaban limitados en el tiempo. La fiscalía de Stuttgart ordenó la ejecución del remanente de la pena de privación de libertad de 474 días en el supuesto en que el Sr. Osmani volviera a entrar en territorio alemán. El 29 de abril de 2012, el Sr. Osmani volvió a entrar en territorio alemán y fue sometido a un control policial que puso de manifiesto la medida de expulsión adoptada en su contra. Acto seguido se inició un procedimiento penal en su contra. Durante la vista ante el órgano jurisdiccional remitente, el ministerio público solicitó que se condenara al Sr. Osmani a una pena de privación de libertad de tres meses, acompañada de una suspensión de su ejecución. En la fecha en que se presentó la petición de decisión prejudicial, el Sr. Osmani cumplía el remanente de la pena de privación de libertad a la que fue condenado en 2003.

<sup>848</sup> TJUE, *Caso Filev y Osmani* (2013, C-297/12) párr. 45.

<sup>849</sup> Si bien no exista una jurisprudencia clara en este sentido, y parece que el Tribunal tiene distintas varas de medir para países que no son grandes. En algunos casos, este tribunal ha precisado que las autoridades podrían

francesa *M. Ghevondyan*<sup>850</sup> contiene ciertos pronunciamientos de interés. En dicho caso el Consejo de Estado Francés sostuvo que el artículo 6 de la directiva retorno no obligaba a las autoridades competentes de los Estados miembros de la UE a adoptar sistemáticamente una decisión de retorno contra nacionales de terceros países en situación irregular, sino que tienen la obligación de considerar la situación personal y familiar del extranjero y las circunstancias que puedan impedir una orden de expulsión, recogidas en su artículo 5. Así, el principio de proporcionalidad exige que la detención sea por el plazo mínimo necesario y nunca prolongada indefinidamente<sup>851</sup> y si bien no hay un plazo máximo a partir del cual tiene que desistirse de ejecutar la expulsión<sup>852</sup>. La importancia del principio de proporcionalidad en la legislación de la UE tiene relevancia debido a que el sistema jurídico de la UE es capaz de influir en los sistemas jurídicos nacionales de manera no mediada, por lo que el rol de los litigios no debe subestimarse, ya que en el ámbito nacional surgirán interrogantes sobre la proporcionalidad de una sanción penal específica ante el incumplimiento de una prohibición de entrada, así como la duración de la detención o la cantidad de la multa a imponer<sup>853</sup>.

Existe un papel significativo para el TJUE en la práctica en lo que respecta a las referencias de tribunales sobre la directiva retorno. La jurisprudencia del TJUE en general, ha interpretado esta normativa con mayor liberalidad de lo que su redacción podría sugerir, enfocándose en el objetivo de la expulsión eficiente en vez de los derechos humanos de los migrantes *ilegales*. Ello porque corresponde a la autoridad nacional y finalmente al tribunal nacional el hacer el *test de proporcionalidad* con plena observancia de los derechos fundamentales. Adicionalmente, la directiva retorno deja en este ámbito cierto margen a los Estados miembros, lo que puede llevar a ciertas diferencias —apreciables en la cuantía de las multas impuestas o el tiempo de duración de la detención— entre los Estados miembros con respecto a las sanciones penales cuando se trata de nacionales de terceros países que permanecen ilegalmente incumpliendo una prohibición de entrada<sup>854</sup>.

Se trata de otra de las debilidades de la directiva retorno que recae precisamente en el instrumento empleado para regular la detención: una directiva y no un reglamento. Este último instrumento no dejaría margen a los Estados en cuanto a la trasposición, así como el momento para hacerlo. Habría sido deseable el empleo del reglamento para la negociación de los derechos y garantías procesales por ser el instrumento normativo que mejor ayuda al aumento de la confianza mutua entre las distintas autoridades de los Estados miembros. Otro inconveniente derivado del empleo de la directiva frente al reglamento es el riesgo de que los tribunales constitucionales u órganos internos con competencia para ello declaren que la norma por la que se haya transpuesto la directiva vulnera sus Constituciones. En resumen, el

---

haber adoptado diversas medidas, en lugar de detener al demandante por un largo período de tiempo cuando no existían perspectivas de deportación. Cfr. TEDH, *Caso Mikolenko contra Estonia* (2009, n° 10664/05).

<sup>850</sup> Council of State, *Caso M. Ghevondyan* (2012, n° 356505).

<sup>851</sup> Este principio ha sido reconocido por la justicia internacional, por ejemplo, TEDH: *Caso Ali contra Suiza* (1998, aplicación n° 69/1997/853/1060); TEDH, *Caso Quinn contra Francia* (1995, aplicación n° 18580/91).

<sup>852</sup> Según la directiva retorno, cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente, cfr. artículo 15. 4, Directiva 2008/115/UE, de 2008. Sin embargo, no existe mecanismo obligatorio alguno para hacer cumplir esta disposición, el elemento de la *razonabilidad* de la perspectiva de remoción queda a la discrecionalidad de los Estados.

<sup>853</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 266.

<sup>854</sup> WAASDORP y PAHLADSINGH (2016) p. 264.

empleo de directivas frente al reglamento denota una actitud conservadora en los Estados reticentes a perder el control sobre estas materias, pues se permite a los Estados un margen para decidir cómo implementar la transposición y en qué momento.

Sin embargo, cuando fallan todas las protecciones, una judicatura de integridad inobjetable ofrece al público un baluarte contra los atropellos a los derechos y libertades garantizados por la ley y vinculado a este fin se considera a los *Principios de Bangalore*<sup>855</sup> sobre la conducta judicial como muy útiles, al recibir creciente aceptación de parte de los diferentes sectores de la judicatura mundial y de los organismos internacionales interesados en la integridad del proceso judicial, siendo vistos cada vez más como un documento que todas las judicaturas y sistemas jurídicos pueden aceptar sin reservas dando expresión a las más elevadas tradiciones de la función judicial como se la concibe en todas las culturas y sistemas jurídicos<sup>856</sup>. Estos principios, enarbolados por la independencia, imparcialidad, integridad, corrección equidad, competencia y diligencia que deben regir al operador de justicia nacional, permitirían recobrar la confianza en los sistemas judiciales y elaborar un concepto de responsabilidad judicial que complementase el principio de independencia judicial. La idea principal de estos principios es que el derecho internacional de los derechos humanos puede en ocasiones servir como una guía para los jueces en asuntos relacionados con los derechos humanos y las libertades fundamentales. De una lectura detallada de la directiva y a pesar de la incipiente jurisprudencia, se plantean inquietantes interrogantes que son inherentes a la complejidad del sistema de normas que conviven en Europa y que ponen de relieve la necesidad de un plan de armonización. Los *Principios de Bangalore* sobre la aplicación nacional de las normas internacionales de derechos humanos, pueden en ocasiones servir como una guía para los jueces en asuntos relacionados con los derechos humanos y las libertades fundamentales en la detención administrativa de inmigrantes<sup>857</sup>.

## 2. Criterios jurisprudenciales del Tribunal de justicia de la Union Europea.

Realizando actos de *equilibrio jurídico* para ponderar los derechos humanos de los migrantes irregulares y de expulsar a estos en forma expeditiva, el resultado alcanzado por el máximo tribunal ha sido diverso<sup>858</sup>. A esta dualista situación se refiere Mitsilegas, V. cuando alude a la función protectora del derecho de la UE<sup>859</sup>. Ello amerita una revisión minuciosa de todos estos pronunciamientos, por lo que, a continuación, se compilan los mismos, siguiendo con la clasificación temática de derechos esbozada a lo largo de estas líneas investigativas.

---

<sup>855</sup> Estos principios reciben este nombre debido a las reuniones celebradas por el Grupo de Integridad Judicial en Bangalore (India), redactándose un borrador que fue presentado y examinado en diversas conferencias y reuniones judiciales a las que asistieron presidentes de tribunales supremos y magistrados superiores de más de 75 países. Posteriormente se incluyeron como anexo del informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, al 59º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas siendo aprobados el 29 de abril de 2003 por la Comisión. Véase, GRUPO DE INTEGRIDAD JUDICIAL (2013).

<sup>856</sup> Véase el III principio, GRUPO DE INTEGRIDAD JUDICIAL (2013).

<sup>857</sup> No existe un número clausus sobre cuáles son los derechos y garantías procesales a través de los cuales se materializan los principios que impulsan el proceso de la detención administrativa, va a depender del momento histórico y del país en concreto ya que sobre esta materia es como los Estados articulan su soberanía, en principio al margen de injerencias externas.

<sup>858</sup> Vease, LABAYLE (2006) p. 96 y ss.

<sup>859</sup> MITSILEGAS (2012) p. 87.



## 2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

Tras adentrarnos en el compendio jurisprudencial más relevante del TJUE respecto de los asuntos migratorios, hemos observado cuestiones de interés en relación con la detención y expulsión de inmigrantes. Hemos de comenzar teniendo presente que algunos aspectos regulados por la directiva retorno en relación con la detención administrativa de inmigrantes.

Partiremos refiriéndonos a las regulaciones que contiene esta normativa europea respecto de los establecimientos en los que se debe ejecutar la detención. Según su artículo 16, la detención con fines de retorno y/o expulsión debe ejecutarse en centros especializados y no en prisiones comunes. No obstante, en relación con estos requerimientos, el artículo 16, apartado 1 de la referida directiva prevé una excepción a la detención en centros especializados. El referido precepto señala que en aquellos casos en los que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios. Tales regulaciones fueron objeto de interpretación por parte del TJUE en el asunto *Bero y Bouzalmate*<sup>860</sup>. El TJUE se

---

<sup>860</sup> TJUE, *Casos Adala Bero, Regierungspräsidium Kassel y Ettayebi Bouzalmate, Kreisverwaltung Kleve* (2014, C-473/13 y C-514/13). En el asunto *Bero*, La Sra. Bero –probablemente es de nacionalidad siria– presentó una solicitud de asilo en Alemania. Tras la desestimación de esta solicitud, el servicio de extranjería solicitó su expulsión del territorio alemán al Amtsgericht Frankfurt am Main. Dicho órgano jurisdiccional resolvió, el 6 de enero de 2011, que la Sra. Bero fuera internada a efectos de su expulsión hasta el 17 de febrero de 2011. El recurso interpuesto por ella contra esta decisión fue desestimado por el Landgericht Frankfurt am Main. Dado que en Alemania incumbe a los Länder ejecutar las medidas de internamiento a efectos de expulsión, el Land de Hesse internó a la Sra. Bero en el centro penitenciario de Fráncfort, que es un establecimiento penitenciario ordinario. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente precisa que, contrariamente a la situación en otros Länder de este Estado miembro, no hay ningún centro de internamiento especializado, en el sentido de la Directiva 2008/115, en el Land de Hesse. El 2 de febrero de 2011, la Sra. Bero fue puesta en libertad tras una petición formulada a la Comisión de casos de rigor excesivo del Land de Hesse. Mediante su recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, pidió que se declarara que se habían vulnerado sus derechos debido a la decisión del Amtsgericht Frankfurt am Main de someterla a internamiento y a la desestimación de su consecuente recurso por parte del Landgericht Frankfurt am Main. Según el Bundesgerichtshof, la resolución del referido litigio dependía de la interpretación del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial para saber si del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115 se infería el deber de un Estado miembro de llevar a cabo el internamiento a efectos de expulsión en centros de internamiento especializados, aun en el caso de que en dicho Estado miembro dichos centros sólo existan en algunas de las entidades territoriales de su estructura federal y en otras no. En el asunto *Bouzalmate* los hechos que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial fueron los siguientes. El Sr. Bouzalmate, nacional marroquí, entró ilegalmente en Alemania el 24 de septiembre de 2010 y solicitó, el 8 de octubre de ese mismo año, que se le concediera el estatuto de refugiado. Mediante decisión de 12 de enero de 2012, el Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Oficina federal de migración y refugiados) desestimó la solicitud y ordenó al interesado abandonar el territorio alemán en la semana siguiente a la notificación de la decisión, bajo pena de ser expulsado a su país de origen. El 2 de marzo de 2012, la ciudad de Geldern (circunscripción de Cléveris), a la que se le había confiado el Sr. Bouzalmate, informó que éste había abandonado la ciudad sin que se conociera su nueva dirección. El Sr. Bouzalmate fue detenido el 25 de marzo de 2013 y, el 9 de abril de ese año, el Amtsgericht München lo condenó por hallarse en situación irregular a una pena privativa de libertad de cinco meses con suspensión de la ejecución. Una vez puesto en libertad tras su prisión provisional, el interesado no compareció ni ante el servicio de extranjería del Landratsamt Kleve (servicios administrativos de la circunscripción de Cléveris) ni ante ninguna otra autoridad. Posteriormente, el 13 de julio de 2013, el Sr. Bouzalmate fue de nuevo

pronunció respecto de las interrogantes planteadas en ambos casos, señalando que, la segunda frase de esta disposición -contenida en el artículo 16, apartado 1, de la directiva retorno- prevé una excepción al principio de la detención en centros especializados, que, como tal, debe interpretarse de manera estricta. En este sentido, el tribunal señaló que la ausencia de centros de internamiento especiales en una región de un Estado miembro –pero que existen en otra parte del Estado miembro– no puede justificar la estancia en una prisión ordinaria. Ello quedó expresamente referido en este fallo<sup>861</sup>, en el que el TJUE precisó que, el artículo 16, apartado 1 de esta normativa debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado, aun cuando dicho Estado miembro tenga una estructura federal y el Estado federado competente para acordar y ejecutar ese internamiento en virtud del derecho nacional no cuente con un centro de internamiento de esa índole.

El anterior pronunciamiento está muy relacionado con el deber de separación que debe existir entre los detenidos por asuntos migratorios respecto de los reos ordinarios. Este deber de separación ha sido también objeto de interpretación jurisprudencial por parte del TJUE. Este tribunal ha valorado la incidencia que pueda tener la voluntad del individuo respecto de su internamiento con presos comunes en el *asunto Pham*<sup>862</sup>. Aquí, el TJUE ha

---

detenido en Múnich y, mediante decisión de 26 de julio de ese año, el Amtsgericht München ordenó su internamiento, en espera de su expulsión, durante un máximo de diez semanas a partir del 14 de julio de 2013, es decir, hasta el 21 de septiembre de 2013 como fecha máxima de detención. Tras una tentativa de suicidio, el 12 de septiembre de 2013, el Sr. Bouzalmate fue ingresado en una clínica psiquiátrica. Habida cuenta de esta situación, el servicio de extranjería del Landratsamt Kleve anuló la fecha prevista para la expulsión del Sr. Bouzalmate, es decir, el 16 de septiembre de 2013. Una vez concluido el tratamiento psiquiátrico del Sr. Bouzalmate, el Amtsgericht München, en respuesta a una nueva petición del Landratsamt Kleve, ordenó mediante decisión de ese mismo día que el Sr. Bouzalmate permaneciera internado en un módulo específico del centro penitenciario de Múnich, dedicado a las personas en su misma situación, hasta que pudiera producirse su expulsión, definiendo como fecha máxima para ello el 19 de octubre de 2013. El Sr. Bouzalmate interpuso un recurso ante el Landgericht München I contra dicha decisión del Amtsgericht München. Así, el Landgericht München I planteó ante el TJUE la cuestión prejudicial en los mismos términos que se había planteado para el asunto Bero.

<sup>861</sup> TJUE, *Casos Adala Bero, Regierungspräsidium Kassel y Ettayebi Bouzalmate, Kreisverwaltung Kleve* (2014, C-473/13 y C-514/13) párr. 32.

<sup>862</sup> TJUE, *Caso Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik* (2014, C/474/13). Los supuestos facticos del caso fueron según se relatan a continuación. La Sra. Pham, nacional vietnamita, entró en Alemania sin documento de identidad ni permiso de residencia. El 29 de marzo de 2012, fue objeto de una decisión de internamiento a efectos de expulsión hasta el 28 de junio de 2012. Mediante declaración escrita de 30 de marzo de 2012, consintió en ser internada en un centro penitenciario con presos ordinarios, puesto que deseaba tener contacto con compatriotas que se encontraban en dicho centro. En junio de 2012, el Amtsgericht Nürnberg prorrogó el internamiento a efectos de expulsión de la Sra. Pham hasta el 10 de julio de 2012. El recurso interpuesto por ella contra este auto fue desestimado. Tras haber sido expulsada efectivamente con destino a Vietnam el 10 de julio de 2012, la Sra. Pham, en su recurso ante el Bundesgerichtshof, pide que se declaren vulnerados sus derechos por la prórroga de su internamiento en dicho centro penitenciario. Según ese tribunal –habida cuenta de la vulneración de un derecho fundamental particularmente significativo– los recursos contra una medida privativa de libertad siguen siendo posibles incluso después de la ejecución de tal medida, puesto que la persona afectada tiene un interés digno de protección en que se declare la ilicitud de una medida privativa de libertad aun después de que ésta haya sido ejecutada. Así, el referido órgano jurisdiccional indicó que, en principio, el internamiento de un nacional de un tercer país sujeto a un procedimiento de retorno en un centro penitenciario con los presos ordinarios es contrario al artículo 16, apartado 1, de la directiva retorno junto con lo previsto por la legislación nacional alemana que traspone dicha directiva. No obstante, a su entender, ese

precisado que la aceptación –por parte de la persona retornada– del internamiento con presos comunes no es posible. De esta manera, este tribunal ha confirmado expresamente que la obligación de separar a los nacionales de terceros países en situación irregular de los presos ordinarios, –prevista en el artículo 16.1, segunda frase, de la directiva retorno– iba más allá de una mera modalidad de ejecución específica de un internamiento de nacionales de terceros países en centros penitenciarios y constituye una condición de fondo de tal internamiento sin la cual, en principio, éste no será conforme a dicha normativa<sup>863</sup>. En tal sentido, un Estado miembro no puede justificar su decisión de agrupar en un mismo recinto a inmigrantes detenidos y presos comunes con fines de expulsión, bajo el pretexto de haber tomado en cuenta la voluntad del nacional de un tercer país de que se trate. Este criterio adquiere relevancia en su vertiente *pro homine*, al brindar seguridad a los inmigrantes detenidos. Ello es así, entendiendo que los inmigrantes bajo detención administrativa constituyen una categoría diferente, cuya detención solo se justifica a los fines de asegurar su salida –cuando no se pueden aplicar medidas más favorables– y mientras se ejecutan las labores de retorno. Además, en este criterio se puede vislumbrar la presencia de los principios propugnados en los tratados universales y regionales relativos a la protección del derecho a un trato humano y digno, cuyo aseguramiento se hace más plausible cuando la detención se ejecuta cumpliendo con el deber separación y en lugares destinados a tal fin.

Por otra parte, y respecto las obligaciones de satisfacer las necesidades básicas de los inmigrantes detenidos, si bien el derecho de la UE no impone a los Estados miembros ninguna obligación de esta naturaleza, las opiniones jurisprudenciales del TJUE no se han hecho esperar, a fin de garantizar a las personas retornadas unas condiciones de vida humanas y dignas. Ello lo observamos en el asunto *Abdida*<sup>864</sup>. He aquí algunos pormenores relevantes

---

internamiento sería lícito si el artículo 16.1 de la directiva retorno se interpretara en el sentido de que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación al aplicar esta disposición que les da la posibilidad de tener en cuenta el consentimiento del nacional afectado para su internamiento con dichos presos. Por ello, el referido tribunal decisión suspender el procedimiento en cuestión y planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntando si el artículo 16, apartado 1, de la referida directiva era compatible con el internamiento compartido con otros presos ordinarios de una persona internada a efectos de expulsión cuando ésta ha accedido a dicho internamiento compartido.

<sup>863</sup> TJUE, *Caso Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik* (2014, C/474/13) párr. 21-22

<sup>864</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13). Este caso verso sobre una solicitud de autorización de residencia por razones sanitarias, presentada por el Sr. Abdida el 15 de abril de 2009 que estuvo motivada por el hecho de sufrir una enfermedad especialmente grave. Esa solicitud fue admitida a trámite el 4 de diciembre de 2009 y el Sr. Abdida obtuvo por ello la ayuda social prestada por el CPAS. Pero luego, el 6 de junio de 2011 fue denegada la solicitud de autorización de residencia del Sr. Abdida, por disponer el país de origen de este último de una infraestructura sanitaria que permite atender a los enfermos afectados por su dolencia. Esa decisión, acompañada de una orden de salida del territorio, fue notificada al Sr. Abdida el 29 de junio de 2011. El Sr. Abdida interpuso el 7 de julio de 2011 un recurso contra la decisión denegatoria de la autorización de residencia ante el conseil du contentieux des étrangers. Por su parte, el 13 de julio de 2011 el CPAS adoptó la decisión de retirar la asistencia social prestada al Sr. Abdida y de denegarle la asistencia médica urgente. El CPAS reformó esa decisión el 27 de julio de 2011, concediéndole la asistencia sanitaria urgente. El 5 de agosto de 2011 el Sr. Abdida interpuso un recurso contra la decisión del CPAS ante el tribunal du travail de Nivelles. En septiembre de 2011 ese tribunal estimó el recurso y condenó al CPAS a pagar al Sr. Abdida una ayuda social equivalente a los ingresos de integración en el porcentaje aplicado a las personas que viven solas, considerando en particular que el derecho a la asistencia social es una condición indispensable para el ejercicio efectivo de un recurso y que la ayuda social de la que se beneficiaba el Sr. Abdida debía mantenerse en espera de una resolución sobre el recurso interpuesto contra la decisión denegatoria de su solicitud de autorización de residencia. Esa decisión

sobre este caso. A través de la cuestión prejudicial, el tribunal remitente había solicitado al TJUE que apreciara la compatibilidad de una normativa nacional con la directiva retorno. En esta normativa nacional se excluía la existencia de un recurso suspensivo de pleno derecho de la ejecución de la expulsión, limitando -durante todo el procedimiento contencioso- la cobertura de las necesidades básicas del interesado únicamente a la asistencia sanitaria urgente. Por ello, en base a lo estipulado en las directivas relativas al régimen europeo común de asilo y la CFUE, se solicitó al TJUE que respondiese –entre otras interrogantes– si los Estados miembros estaban obligados a cubrir las necesidades básicas del interesado, cuando estas son distintas de las sanitarias, hasta que se hubiese resuelto sobre la legalidad de la decisión de retorno.

En la decisión del asunto *Abdida*, el TJUE –con fundamento en lo estipulado en el artículo 14.1.b de la directiva retorno– consideró que los Estados miembros están obligados a cubrir también otras necesidades básicas para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período en el que el Estado miembro interesado esté obligado a aplazar la expulsión<sup>865</sup>. Sin embargo, el tribunal precisó que corresponde a los Estados miembros determinar la manera en la que han de satisfacer estas necesidades básicas del nacional de un tercer país afectado<sup>866</sup>. La lógica en que se basó el TJUE para establecer esta obligación fue que la exigencia de proporcionar atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades prevista en el artículo 14, apartado 1, letra b) podría quedar desprovista de sentido si no existiera una exigencia correlativa de satisfacer las necesidades básicas del nacional de un tercer país afectado.

Más abundamiento respecto del fallo antes comentado lo encontramos en la opinión emitida por el abogado general Sr. Yves Bot, presentadas el 4 de septiembre de 2014 respecto del asunto *Abdida*<sup>867</sup>. Entre otros aspectos, el referido abogado general explicó que la finalidad del artículo 14 de la directiva retorno y el respeto de los derechos fundamentales, en especial de las exigencias derivadas de los artículos 1 a 4 y 35 de la CDFUE, exigen que los Estados miembros garanticen, a lo largo de todo el procedimiento contencioso, una cobertura suficiente de las necesidades básicas del interesado de forma que se le asegure su subsistencia y un nivel de vida digno y adecuado para su salud, permitiéndole en particular disponer de un alojamiento y teniendo en cuenta en su caso sus necesidades especiales<sup>868</sup>. Ello en base al principio rector expresado por el legislador de la UE en el artículo 1, que pretende garantizar, con respeto de los derechos fundamentales de las personas afectadas, una protección eficaz de sus intereses y en especial una repatriación en condiciones humanas y dignas. Lo anterior sólo puede comprenderse atendiendo a los derechos garantizados en los

---

fue apelada por el CPAS ante la cour du travail de Bruxelles. Este tribunal expuso que, en aplicación de la normativa nacional pertinente, el Sr. Abdida no dispone de un recurso jurisdiccional suspensivo de la ejecución de la decisión denegatoria de la autorización de residencia, y que en espera de una resolución sobre ese recurso está privado de toda asistencia social distinta de la asistencia sanitaria urgente. En esas circunstancias la cour du travail de Bruxelles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

<sup>865</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) párr. 59.

<sup>866</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) párr. 61.

<sup>867</sup> Cfr. TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot.

<sup>868</sup> Cfr. TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 12.

artículos 1 a 4 de la CDFUE que garantizan el respeto de la dignidad humana y los derechos a la vida y a la integridad de la persona y prohíben los tratos inhumanos o degradantes<sup>869</sup>.

Aunado a lo anterior, no olvidemos que el artículo 14 de la directiva retorno establece los derechos económicos y sociales que el migrante puede invocar en espera de su expulsión. Así, en el apartado 1 del referido artículo se precisa que es deber de los Estados miembros el velar –con excepción de la situación contemplada por los artículos 16 y 17 relativos a las condiciones de internamiento– porque se tengan en cuenta, en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión –según artículos 7 y 9–, el principio relativo a la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades, entre otros.

Resultan interesantes las consideraciones del abogado Bot respecto de lo contenido en el artículo 14.1 de la directiva retorno. Según lo precisa el referido abogado general, las garantías previstas por el legislador de la UE en esa disposición no abarcan todos los derechos y, en especial, los derechos más esenciales como la posibilidad de alimentarse, vestirse y alojarse, no obligando expresamente a los Estados miembros a cubrir las necesidades básicas del interesado distintas de las sanitarias. Ello se desprende de la simple lectura del duodécimo considerando en el que el legislador de la UE precisa que procede *definir* sus condiciones básicas de subsistencia de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados según la legislación nacional. En opinión de este abogado, el empleo del verbo *definir* demuestra con claridad su voluntad de atribuir a los Estados miembros un amplio margen de apreciación de la naturaleza de las necesidades que se propongan satisfacer, sin hacer ninguna otra mención de la satisfacción de esas necesidades en el resto del texto de esa normativa. Así, la directiva retorno no armoniza, ni siquiera mínimamente, las reglas reguladoras de la cobertura por los Estados miembros de las necesidades básicas de esos migrantes como si lo hace claramente la directiva recepción, en la que el legislador de la UE quiso obligar a los Estados miembros a garantizar condiciones mínimas de acogida para los solicitantes de asilo en espera de una decisión, abarcando todas sus necesidades más esenciales. El artículo 14 está redactado de manera tal que es difícil apreciar el alcance, la forma y el nivel mínimo de las prestaciones que se deben conceder al interesado. Por su parte, algunas expresiones -como la referida al tratamiento básico de enfermedades- son lo bastante amplias para admitir diferentes interpretaciones y tener un alcance variable según los Estados miembros<sup>870</sup>. La falta de cobertura de las necesidades más básicas de los migrantes agrava su marginación. Ello es así porque, el estar privado durante tanto tiempo de una cobertura de sus necesidades más básicas puede inducir al inmigrante a marchar del territorio del Estado de acogida para ir a otro Estado miembro, favoreciendo con ello la inmigración clandestina dentro de la UE y empujándole a entrar en la criminalidad para subvenir a sus necesidades<sup>871</sup>. Tales consecuencias están manifiestamente alejadas del objetivo manifestado por el legislador de la UE en el cuarto considerando, relativas a una política migratoria bien gestionada.

Otro aspecto interesante de este documento es el aporte que brinda respecto del resguardo del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes atendiendo a las disposiciones relativas a la prohibición de devolución,

<sup>869</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 105-106.

<sup>870</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 133-142.

<sup>871</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 152.

expulsión o extradición cuando la persona afectada por la medida corra el riesgo de ser sometido a este tipo de tratos. En este sentido, hemos de tener presente que el Estado miembro está obligado a respetar el principio de *no devolución* conforme a las obligaciones que le incumben según las disposiciones del artículo 5 de la directiva retorno y del artículo 19, apartado 2, de la CDFUE. Así, el artículo 5 señala que se debe respetar el principio de *no devolución*, tomando en cuenta para ello el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate. En los asuntos *Y, Z*<sup>872</sup> y *A*<sup>873</sup> se destaca en particular lo señalado por el TJUE en cuanto al concepto de persecución al efecto del resguardo del principio de no devolución. El referido tribunal explico que: "...el temor del solicitante a ser perseguido será un temor fundado cuando las autoridades competentes, teniendo en cuenta las circunstancias personales del solicitante, estimen razonable pensar que, al regresar a su país de origen, este practicará actos religiosos que le expondrán a un riesgo real de persecución"<sup>874</sup>. El asunto *Mehmet Arslan* el TJUE se pronunció respecto de la aplicación de la directiva retorno para aquellos solicitantes de asilo. En este sentido, con fundamento en los considerandos 2 y 9, este tribunal preciso que se debe excluir, al menos temporalmente, de la aplicación de esa normativa a los solicitantes de asilo, ya que no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud de asilo o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo. En este contexto, aunque la directiva retorno tiene el objeto de establecer una política migratoria bien gestionada, la legitimidad de que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular sólo se reconoce cuando se respeta en particular el principio de *no devolución* contemplado en sus artículos 5 y 9<sup>875</sup>.

En relación con lo anterior, en el asunto *Abdida*, el TJUE efectuó una interpretación del artículo 19, apartado 2, de la CDFUE, respecto de aquellos casos en los que el estado de salud del inmigrante podría verse afectado con la devolución. En este caso, el referido tribunal señaló que, la decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede suscitar una cuestión a la luz del artículo 3 del CEDH, en casos muy excepcionales, cuando sean imperiosas las consideraciones humanitarias contrarias a esa devolución. En tales casos, según refirió el TJUE, los Estados miembros no podrán, por tanto, conforme al artículo 5 de la directiva retorno, llevar a cabo esa devolución<sup>876</sup>. Tales señalamientos nos resultan esclarecedores respecto de las connotaciones que contiene el derecho de la UE en lo tocante al *non-refoulement*.

Por otra parte, también hemos de tener presente que, en el marco del derecho de la UE, el artículo 21 de la directiva recepción y el artículo 3.9 de la directiva retorno estipulan un listado de las personas que se consideran vulnerables. Para estos grupos la detención, si bien no está prohibida según las estipulaciones del artículo 17 de la Directiva retorno, se exige la debida atención a sus necesidades específicas. En este contexto, la detención debe ajustarse a otros derechos fundamentales, que incluyen que las condiciones de privación de

<sup>872</sup> TJUE, *Caso Y y Z* (2012, C-71/11 y C-99/11).

<sup>873</sup> TJUE, *Caso A* (2014, C-148/13, C-149/13, C-150/13).

<sup>874</sup> TJUE, *Caso Y y Z* (2012, C-71/11 y C-99/11) párr. 81.

<sup>875</sup> TJUE, *Caso Mehmet* (2013, C-534/11) conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, párr. 59.

<sup>876</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) parr. 47 y 48.

la libertad sean humanas, que las familias no queden separadas y que, por lo general, no se detenga a niños ni a individuos vulnerables.

La Tabla N° 22 muestra al lector un resumen de los criterios antes señalados:

**TABLA N° 22.**  
**Criterios jurisprudenciales del TJUE sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes**

Objeto de protección	Parámetros aplicados	Criterios
Dignidad e integridad personal: Condiciones mínimas (habitabilidad y permanencia) de los Centros de internamiento.	Artículo 16.1 directiva retorno.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La excepción al principio de la detención en centros especializados debe interpretarse de manera estricta: la ausencia de centros de internamiento especiales en una región de un Estado miembro –pero que existen en otra parte del referido Estado– no puede justificar la estancia en una prisión ordinaria.</li> <li>• La aceptación –por parte de la persona retornada– del internamiento con presos comunes no es posible: la obligación de separar a los nacionales de terceros países en situación irregular de los presos ordinarios es más que una modalidad de ejecución específica de un internamiento, pues constituye una condición de fondo.</li> </ul>
Derecho a la salud: Asistencia médica y necesaria atención del detenido.	Artículo 14.1.b directiva retorno. Otros: artículos 1, 4 y 35 CDFUE.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los Estados miembros están obligados a cubrir también otras necesidades básicas para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período en el que el Estado miembro interesado esté obligado a aplazar la expulsión. Pero corresponde a los Estados miembros determinar la manera en la que han de satisfacer estas necesidades básicas.</li> </ul>
Principio de <i>no devolución</i> .	N° 2 y 9 preámbulo directiva retorno; Artículo 5 directiva retorno; Artículo 19.2 CDFUE.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El temor del solicitante a ser perseguido será un temor fundado cuando las autoridades competentes, estimen razonable pensar que, al regresar a su país de origen, este practicará actos religiosos que le expondrán a un riesgo real de persecución.</li> <li>• La decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede violentar el principio de no devolución.</li> </ul>

## 2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

La primera ocasión en la que el TJUE se pronunció específicamente sobre la existencia de un derecho a la vida familiar para los extranjeros, fue en el asunto *Comisión C-249/86*<sup>877</sup>. En aquel entonces el TJCE, con fundamento en la estipulado en artículo 48 del tratado de la entonces existente Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, CEE) y el apartado 3 del artículo 10 del Reglamento N° 1612/68, puso de relieve la importancia que reviste en el derecho comunitario el derecho de los nacionales de los Estados miembros a entrar en el territorio de otro Estado miembro y permanecer en él con el fin de reunirse con su cónyuge o su familia. Mucho después, en el asunto *Carpenter*<sup>878</sup>, el referido tribunal –con fundamento en el artículo 8 del CEDH, así como lo estipulado en el preámbulo del AUE y artículo 6.2 UE– reconoció la especial importancia de la protección de la familia<sup>879</sup> de los nacionales de los Estados miembros, considerándola como una libertad fundamental sujeta a garantías.

Sin embargo, los anteriores antecedentes jurisprudenciales se remiten a una época en la que aún no estaba en vigencia la directiva retorno. En este sentido hemos de tener presente que, respecto de la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar, esta directiva contempla varias disposiciones de relevancia. Así, por ejemplo, en su artículo 5 se prescribe el deber de los Estados miembros de tomar en cuenta el interés superior del niño, la protección de la vida familiar y el principio de no devolución. Por su parte, el artículo 7.2 regula la posibilidad de prorrogar la salida voluntaria en atención a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales. Otro ejemplo lo vemos en lo preceptuado en el artículo 10 relativo al retorno y expulsión de menores no acompañados, en el que se preceptúa que, antes de la adopción de la decisión, se debe conceder asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. Asimismo, este precepto estipula que antes de la expulsión en necesario cerciorarse que dichos niños serán entregados a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Otro tanto añade el artículo 14 de la directiva retorno al referirse a las garantías a la espera del retorno. En palabras del abogado Yves Bot, este precepto estipula que los Estados miembros deben tener en cuenta –en la medida de lo posible y en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión– los siguientes principios: a) mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio; b) prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades; c) acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica; y, d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables. Pero, según lo refiere el referido abogado, este artículo está redactado de manera tal que es difícil apreciar el alcance, la forma y el nivel mínimo de las disposiciones están obligados a adoptar los Estados miembros para

---

<sup>877</sup> TJUE, *Caso Comisión* (1989, C-249/86). En este caso el TJCE debía determinar si la sanción que preveía la legislación del país para aquellas familias de trabajadores migrantes intracomunitarios que vivieran en condiciones insalubres suponía una violación del Derecho Comunitario.

<sup>878</sup> TJUE, *Caso Carpenter* (2002, C-60/00).

<sup>879</sup> TJUE, *Caso Carpenter* (2002, C-60/00) párr. 38-39.



preservar la unidad familiar y qué clase de cobertura se debe conceder a las personas más vulnerables para responder a sus necesidades especiales<sup>880</sup>.

En atención a las disposiciones anteriores, la opinión del TJUE no se ha hecho esperar. En el asunto *K.A. y otros*<sup>881</sup>, tuvo especial consideración de lo estipulado en los artículos 6.3, 5 y 11 de la directiva retorno<sup>882</sup>. El TJUE ha precisado el objeto de esta normativa: aunque ninguna de sus disposiciones regula cómo debe tratarse una solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar que haya sido presentada tras la adopción de una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada en el territorio, ello no obsta a la aplicación del procedimiento de retorno por ella establecido. Así, según sus artículos 5 y 11, los Estados miembros pueden no admitir a trámite una solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar presentada en su territorio por un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la UE, que posee la nacionalidad de ese Estado miembro y que nunca ha ejercido su libertad de circulación, por el mero hecho de que se haya dictado contra ese nacional de un tercer país una prohibición de entrada en el referido territorio<sup>883</sup>.

Pese a las aclaratorias anteriores –aparentemente poco alentadoras– efectuadas por el TJUE, respecto del tema que nos ocupa en esta sección, el asunto *K.A. y otros* ofrece aportes de interés. Esto es así porque adicionalmente el TJUE precisó que, si bien las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía de la UE no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países, no se puede obligar al nacional de un tercer país a abandonar el territorio de la UE durante un período indeterminado para obtener la revocación o la suspensión de la prohibición de entrada en dicho territorio dictada en su contra, sin comprobar previamente si entre ese nacional de un tercer país y el ciudadano de la UE, miembro de su familia, existe una *relación de dependencia*<sup>884</sup>. Esta *relación de dependencia*

<sup>880</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 140-142.

<sup>881</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16). Este caso, –algo extenso habida cuenta la cantidad de personas involucradas: K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I., B.A., junto al Estado de Bélgica– versó sobre siete solicitantes contra los que se dictó la orden de abandonar Bélgica. En todos los casos, esta orden de abandono fue acompañada de una prohibición de entrada, de conformidad con la legislación nacional por la que se transpuso la directiva Retorno. Tras dictarse las órdenes de abandono y las consiguientes prohibiciones de entrada, cada uno de los interesados solicitó un permiso de residencia con fines de reagrupación familiar con un nacional belga que vivía en Bélgica. Las referidas solicitudes se presentaron sobre la base de los vínculos familiares siguientes: a) ser padres de un menor que es ciudadano de la Unión (el Sr. R.I., la Sra. M.J., la Sra. N.N.N. y el Sr. O.I.O.); b) ser hijos mayores de edad de un ciudadano de la Unión (la Sra. K.A. y el Sr. M.Z.); y c) ser pareja de hecho de un ciudadano de la Unión (el Sr. B.A.). Las solicitudes de reagrupación familiar se presentaron ante la Dienst Vreemdelingenzaken (Oficina de asilo e inmigración). Esta oficina consideró que no podía examinar estas solicitudes, puesto que todos los solicitantes estaban sujetos a una prohibición de entrada y, por consiguiente, estaban obligados a abandonar el territorio belga, desestimando cada una de las solicitudes de reagrupación familiar. Los solicitantes recurrieron las decisiones impugnadas ante el órgano jurisdiccional remitente. Alegaron –entre otros señalamientos– que esa oficina debía tener en cuenta la vida familiar y el interés superior del menor al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, por lo que su expulsión del territorio belga y del territorio de la Unión Europea significaría que los miembros belgas de su familia, a la vista de la relación de dependencia, no podrían ejercer plenamente sus derechos como ciudadanos de la Unión. Según los alegatos de la Dienst Vreemdelingenzaken (Oficina de Asilo e Inmigración), los solicitantes debían primeramente abandonar el territorio nacional, para poder presentar la solicitud en cuestión ante la representación diplomática o consular belga competente en su país de origen o de residencia, de conformidad con su ley nacional de extranjería.

<sup>882</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16).

<sup>883</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 46.

<sup>884</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 52.

debe ser tal que este último –el ciudadano de la UE– se vería obligado a acompañar al nacional del tercer país a su país de origen, cuando es justamente dicha relación de dependencia la que en principio justificaría la concesión de un derecho de residencia derivado a ese nacional de un tercer país en virtud del artículo 20 TFUE<sup>885</sup>. Para determinar los motivos que deben tomarse en consideración respecto de esta *relación de dependencia*, el TJUE destacó las diferencias existentes entre menores de edad –que son niños pequeños– o un adulto, en base a la capacidad de vivir una existencia independiente aparte de los miembros de su familia. En el caso de los adultos, una relación de dependencia, capaz de dar lugar a un derecho derivado de residencia en virtud del artículo 20 del TFUE, solo en casos excepcionales en los que, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, no puede haber ninguna forma de separación de la persona interesada del miembro de su familia de quien depende.

El *asunto K.A. y otros* contiene, según los argumentos esgrimidos por el TJUE, un recuento de las razones que justificarían la concesión de una visa de residencia al solicitante con motivos de la reunificación familiar. En este orden de ideas, el TJUE ha referido los siguientes criterios: a) El reconocimiento entre dos adultos miembros de una misma familia de una relación de dependencia que pueda generar un derecho de residencia únicamente es posible en casos excepcionales en los que, habida cuenta del conjunto de circunstancias relevantes, la persona en cuestión no podría de ningún modo separarse del miembro de la familia del que es dependiente<sup>886</sup>; b) corresponde al tribunal remitente determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre este y el progenitor nacional de un país tercero, a fin de apreciar el riesgo de que el menor –ciudadano de la UE– se vea obligado a abandonar el territorio de la UE si a su progenitor –nacional de un país tercero– se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión,<sup>887</sup>; c) debe considerarse el respeto del interés superior del niño, así como el conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la UE y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de este entrañaría para el equilibrio del menor<sup>888</sup>; e) el hecho de que el progenitor que es nacional de un tercer país viva con el hijo

---

<sup>885</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 46. A título ilustrativo, el artículo 20 del TFUE señala que: “1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”.

<sup>886</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 65.

<sup>887</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 71.

<sup>888</sup> TJUE: *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) parr. 72; TJUE, *Caso Chávez-Vilchez y otros* (2017, C-133/15) párr. 71.

menor que es ciudadano de la UE es uno de los factores relevantes que se tomará en consideración para dilucidar si entre ellos existe relación de dependencia, sin que llegue a constituir una condición necesaria<sup>889</sup>; f) Por el contrario, el mero hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable –bien sea por razones económicas o para mantener la unidad familiar en el territorio de la UE– que miembros de su familia que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro puedan residir con él en el territorio de la UE, no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la UE se vería obligado a abandonar el territorio de la UE si ese derecho no fuera concedido<sup>890</sup>; g) La existencia de un vínculo familiar –sea este biológico o jurídico– entre el ciudadano de la UE menor de edad y su progenitor, nacional de un tercer país, no basta para justificar el reconocimiento a dicho progenitor de un derecho de residencia derivado en el territorio del Estado miembro del que el hijo menor sea nacional<sup>891</sup>.

Hemos de acotar que los anteriores pronunciamientos efectuados por el TJUE están engarzados en la protección del *efecto útil de la ciudadanía de la Unión* que le asiste al ciudadano de la UE. Así, el propósito perseguido no es otro que el de garantizar el disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por ese estatuto al *dependiente*, en lo relativo al derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ya que pues los tratados de la UE no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de un país tercero. Tampoco es menos cierto que tales criterios interpretativos también se engarzan en las normas de la UE relativas a la residencia. Pero ello no obsta para observar que tales criterios se traducen en la protección del núcleo familiar existente entre el nacional del tercer país sobre quien recae la prohibición de entrada y el ciudadano de la UE en su calidad de *dependiente* de aquel. Este núcleo familiar se vería afectado con la separación que impone la prohibición de entrada en contra del nacional de terceros países, quien se vería obligado a salir del territorio de la UE. En tal sentido, el TJUE ha precisado que los Estados miembros pueden revocar o suspender la referida prohibición de entrada en el territorio para dar cumplimiento al objetivo perseguido por el artículo 20 del TFUE<sup>892</sup>.

Resumiendo lo anterior, se deben tener en cuenta todas las circunstancias específicas, incluida la edad del niño, el desarrollo físico y emocional del niño, el alcance de sus vínculos emocionales tanto con el padre ciudadano de la UE como con el padre nacional de un tercer país, y los riesgos que conlleva la separación de este último y lo que podría implicar para el equilibrio de ese niño. También se ha señalado que la cohabitación no es un requisito previo, pero es uno de los factores relevantes a tener en cuenta, del mismo modo que la existencia de un vínculo familiar ya sea natural o legal, no puede ser motivo suficiente para justificar la concesión de un derecho de residencia derivado. El TJUE también dictaminó que es irrelevante que la relación de dependencia surgiera después de la imposición de la prohibición de entrada o que esta prohibición sea definitiva en el momento en que el nacional del tercer país interesado presente su solicitud de residencia para los fines de la reunificación familiar.

También se han emitido criterios de interés respecto de aquellos nacionales de terceros países que no pueden invocar la reagrupación familiar para solicitar una residencia

<sup>889</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 73.

<sup>890</sup> TJUE: *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 74; TJUE, *Caso Dereci y otros* (2011, C-256/11) párr. 68; TJUE, *Caso O. y S.* (2012, C-356/11 y C-357/11) párr. 52.

<sup>891</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) párr. 75.

<sup>892</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) parr. 61.

en base al artículo 20 del TFUE. En el *asunto K.A. y otros* el TJUE ha señalado que, cuando la autoridad nacional competente tenga intención de adoptar una decisión de retorno, deberá imperativamente cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 5 de la directiva retorno y oír al interesado sobre estos extremos. A este respecto, corresponde al interesado cooperar con la autoridad nacional competente al prestar declaración, para proporcionarle toda la información pertinente acerca de su situación personal y familiar y, en particular, aquellos datos que puedan justificar que no se adopte una decisión de retorno<sup>893</sup>. De ello se deduce que los Estados miembros no pueden adoptar una decisión de retorno sin tener en cuenta los detalles relevantes de la vida familiar del nacional del tercer país en cuestión que esa persona ha presentado, en apoyo de una solicitud de residencia para fines de reunificación familiar, incluso cuando ese nacional de un tercer país ha sido previamente objeto de una decisión de retorno, acompañada de una prohibición de entrada.

A continuación, en la Tabla N° 23 se presenta una revisión resumida de los criterios del TJUE respecto de la salvaguardia de este derecho.

**TABLA N° 23.**

**Criterios jurisprudenciales del TJUE sobre el derecho a la vida privada y familiar**

Objeto de protección	Disposiciones aplicadas	Criterios
Resguardo del núcleo familiar durante la detención.	Artículo 5 directiva retorno; artículo 20 TFUE.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se reconoce en derecho de los nacionales de los Estados miembros a entrar en el territorio de otro Estado miembro y permanecer en él con el fin de reunirse con su cónyuge o su familia.</li> <li>• Tiene especial importancia la protección de la familia de los nacionales de los Estados miembros: se trata de una libertad fundamental sujeta a garantías.</li> <li>• Los Estados miembros pueden no admitir a trámite una solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar presentada en su territorio por un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la UE, por el mero hecho de que se haya dictado contra ese nacional de un tercer país una prohibición de entrada en el referido territorio.</li> <li>• No se puede obligar al nacional de un tercer país a abandonar el territorio de la UE durante un período indeterminado para obtener la revocación o la suspensión de la prohibición de entrada en dicho territorio dictada en su contra, sin comprobar previamente si entre ese nacional de un tercer país y el ciudadano de la UE, miembro de su familia, existe una relación de dependencia</li> </ul>
En caso de menores se	Artículo 20 TFUE.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se deben tener en cuenta todas las circunstancias específicas, incluida la edad del niño, el desarrollo</li> </ul>

<sup>893</sup> TJUE, *Caso K.A. y otros* (2018, C- 82/16) parr. 103; *cfr.* TJUE, *Caso Khaled Boudjlida* (2014, C-249/13) parr. 49 y 50.

deben adoptar medidas en <i>pro</i> del interés superior del niño.		físico y emocional del niño, el alcance de sus vínculos emocionales tanto con el padre ciudadano de la UE como con el padre nacional de un tercer país, y los riesgos que conlleva la separación de este último y lo que podría implicar para el equilibrio de ese niño.
Detención y expulsión de miembros de un grupo familiar debe efectuarse bajo criterios de proporcionalidad y necesidad de la medida.	Artículo 5 directiva de retorno; Artículo 20 TFUE.	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los Estados miembros no pueden adoptar una decisión de retorno sin tener en cuenta los detalles relevantes de la vida familiar del nacional del tercer país en cuestión que esa persona ha presentado, en apoyo de una solicitud de residencia para fines de reunificación familiar.</li> </ul>

### 2.3. Del derecho al debido proceso.

El derecho a una buena administración es reconocido como principio general del derecho de la UE y consagrado en la CDFUE, y es parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. Este incluye el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte cualquier medida individual que pueda afectarle de manera adversa o que pueda afectar considerablemente a sus intereses, que también es inherente al respeto de los derechos de defensa, otro principio general del derecho de la UE. Los pronunciamientos emitidos en los siguientes asuntos por parte del TJUE implican que, al adoptar decisiones relacionadas con el retorno (es decir, decisión de retorno, decisión de prohibición de entrada, decisión de expulsión, orden de internamiento, etc.), los Estados miembros deben cumplir siempre las garantías del debido proceso que a continuación se enumeran.

Así, empezamos por revisar los pronunciamientos emitidos acerca de la duración del tiempo de detención administrativa, dado su relevancia en lo que atañe a la legalidad de la detención. Para ello es oportuno revisar el *asunto Kadzoev*<sup>894</sup>. En este caso la consulta

<sup>894</sup> Véase TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09). Este caso versa sobre el Sr. Kadzoev, un ciudadano de origen checheno llegó a Bulgaria en 2006 solicitando asilo quedando en un centro de detención mientras se estudiaba su solicitud. Los antecedentes del caso se relatan a continuación. El referido accionante fue detenido por las fuerzas del orden búlgaras cerca de la frontera con Turquía. Los servicios de policía competentes dictaron en ese año una medida administrativa coercitiva de expulsión. El 3 de noviembre de 2006 el interesado ingresó en el centro de internamiento temporal, en espera de que fuera posible la ejecución de la citada orden, es decir, hasta la obtención de los documentos que le permitieran viajar al extranjero, y la garantía de medios económicos suficientes para adquirir un documento de transporte con destino a Chechenia. Posteriormente el interesado declaró ante las autoridades del centro de internamiento temporal que su verdadero nombre no era Huchbarov, sino Kadzoev. A continuación, durante su estancia en el centro de internamiento temporal, el Sr. Kadzoev presentó una solicitud para obtener el estatuto de refugiado. Dos años después, el 20 de junio de 2008 el abogado del Sr. Kadzoev presentó una solicitud de sustitución de la medida de internamiento por otra más leve, la obligación del Sr. Kadzoev de firmar periódicamente en un registro llevado por las autoridades de policía de su lugar de estancia. Por estimar que el interesado carecía de dirección efectiva en Bulgaria, las autoridades competentes denegaron esa solicitud ya que los requisitos exigidos no se cumplían. En marzo de 2009, ante la

planteada al TJUE discurrió sobre la aplicabilidad de las disposiciones del artículo 15 de la directiva retorno relativas a la duración máxima del internamiento a efectos de la expulsión, así como sobre la forma de cómputo de los plazos previstos con ese fin. Además, se preguntó sobre las circunstancias que permiten considerar que la expulsión no es razonablemente posible, así como las que permiten mantener el internamiento a falta de perspectiva razonable de expulsión y tras el agotamiento de las posibilidades de prolongación de la duración del internamiento. Fue la primera vez que se solicitó la interpretación del artículo 15, relativo al internamiento a los efectos de la expulsión.

En este orden de ideas, el TJUE ha indicado que el período durante el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de la expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva retorno<sup>895</sup>. E fundamento de este criterio se basó en que el derecho de la UE no podía autorizar en ninguna circunstancia que se excediera el periodo máximo de detención. El TJUE ha dejado claro que el período máximo de detención es de 18 meses. Los plazos de la Directiva retorno relativos a la retención del inmigrante sí son precisos<sup>896</sup> y el tiempo de detención ya cumplido durante el proceso de determinación de su solicitud también debe ser tomado en consideración para computar los plazos máximos de detención, sin que se pueda alegar cuestiones de orden, moral, salud o seguridad pública para prorrogar la detención<sup>897</sup>. Esto se justifica porque, según lo preceptúa la directiva retorno en su artículo 15.1 y 15.5, cualquier internamiento previo a la expulsión debe ser de una duración lo más corta posible y sólo se ha de mantener mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión, debiendo finalizar el internamiento cuando dejen de cumplirse las condiciones que justifican el mismo o no exista ya perspectiva razonable de expulsión<sup>898</sup>. En este contexto, el *principio de seguridad jurídica* y de *confianza legítima* permiten ilustrar con mayor claridad el caso para determinar la aplicación de la directiva retorno a situaciones nacidas durante la vigencia de una norma, precisando que las normas de derecho sustantivo solo se aplicaran a dichas situaciones en la medida en que de sus términos, finalidad o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles dicho efecto, mientras que las normas de procedimiento son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor<sup>899</sup>. Esto resultó de interés para concluir que, en el cómputo

---

imposibilidad de determinar con certeza la identidad y la ciudadanía del Sr. Kadzoev, se le consideró apátrida. Y a pesar de los esfuerzos realizados por las autoridades búlgaras, por varias organizaciones no gubernamentales y por el mismo Sr. Kadzoev para encontrar un tercer país seguro que pudiera acoger a este último, no se logró ningún acuerdo, y no recibió documentos de viaje. En todo ese proceso, el Sr. Kadzoev permaneció en el centro de internamiento temporal durante 3 años.

<sup>895</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 39.

<sup>896</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 6: "...el artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no esté en posesión de documentos válidos, dé muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro",

<sup>897</sup> Quedarían excluidas situaciones como el carecer de documentos, tener una conducta agresiva, no tener medios de subsistencia, etc. Sobre este punto habría que acudir a las nociones de orden público, seguridad y salud pública que aplicaron a la libre circulación de personas y a las comunicaciones aclaratorias de la Comisión, *Cfr.* COMISIÓN EUROPEA (2009).

<sup>898</sup> TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 50.

<sup>899</sup> Véase TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) Opinión del Abogado General Sr. Ján Mazák, párr. 57-59.

de los 18 meses establecidos como límite o tiempo máximo de detención, deben estar incluidos los períodos de internamiento anteriores a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, a fin de garantizar el derecho fundamental a la libertad del individuo afectado, con sujeción de cualquier excepción a requisitos estrictos<sup>900</sup>.

El TJUE también se ha referido a la criminalización de la inmigración irregular. Si la migración irregular es un crimen penado con una pena privativa de libertad, esto implica que las garantías que se establecen en la directiva retorno sobre los motivos de la detención y las condiciones —estándares, revisión judicial, plazos temporales— dejarían de aplicarse y carecerían de sentido. Se podría pensar que la detención administrativa pudiera fijarse junto a la condena penal (antes o después), lo que acarrea el problema de prorrogar el tiempo global de detención. En el asunto *Kadzoev* se indicó que cuando la detención obedece a una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a la solicitud de asilo, el tiempo que una persona permanece internada no deberá ser considerado como un internamiento a efectos de la expulsión en el sentido del artículo 15 de la directiva retorno<sup>901</sup>. Ello extiende la duración de la detención a un periodo mayor al de los 18 meses establecido como límite para la detención, ya que a los solicitantes de protección internacional no les resulta de aplicación esta normativa durante el período comprendido entre la presentación de la solicitud y hasta la adopción de la resolución dictada en primera instancia o, en su caso, hasta que se resuelva el recurso que se haya interpuesto contra la citada resolución, como ya se ha adelantado en líneas anteriores. Por ello, solamente en el caso de que el internamiento hubiera sido contrario a la legislación nacional y comunitaria ese período se computaría a efectos de lo dispuesto en el artículo 15 aquí comentado. En el referido *asunto Kadzoev*<sup>902</sup>, el TJUE precisó que cuando el tribunal nacional revisó la detención, era necesario que hubiese una perspectiva real de que la expulsión se podría ejecutar con éxito y esa perspectiva razonable no existe cuando es improbable que la persona sea admitida en un tercer país.

El TJUE también se ha pronunciado respecto de las garantías durante la detención en el *asunto Mahdi*<sup>903</sup>. Respecto de la prórroga de la detención se ha privilegiado la posición del juez, pues este debe contar con amplios poderes decisorios. En este sentido, el referido tribunal indicó que una autoridad judicial que decida sobre una solicitud de prórroga de

<sup>900</sup> Véase TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) Opinión del Abogado General Sr. Ján Mazák, párr. 66-67.

<sup>901</sup> Cfr. TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 48.

<sup>902</sup> Véase TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 65 y 66.

<sup>903</sup> TJUE, *Caso Mahdi* (2014, C-146/14). El Sr. Mahdi fue detenido el 9 de agosto de 2013 en un paso fronterizo en Bregovo, Bulgaria. Carecía de documentos de identidad, pero se presentó como Bashir Mohamed Ali Mahdi, nacional sudanés. Mediante orden dictada ese día, se acordó contra el Sr. Mahdi su expulsión junto con una medida coercitiva de prohibición de entrada. Al día siguiente, 10 de agosto de 2013, el Sr. Mahdi ingresó, en cumplimiento de dichas órdenes, en el centro de internamiento de Busmantsi hasta que fuera posible ejecutar las medidas administrativas coercitivas, es decir, hasta que se obtuvieran los documentos para poder viajar fuera de Bulgaria. El 16 de agosto de 2003, la Sra. Ruseva, nacional búlgara, declaró en un documento notarial que el Sr. Mahdi dispondría de medios de subsistencia propios y de un alojamiento durante su estancia en Bulgaria y solicitó al direktor su puesta en libertad bajo fianza. Pero dicha propuesta fue denegada porque el Sr. Mahdi no había entrado legalmente en Bulgaria, no tenía un permiso de residencia para residir en Bulgaria, la agencia nacional de refugiados le había denegado el estatuto de refugiado y había cometido una infracción penal al atravesar la frontera nacional entre Bulgaria y Serbia fuera de los lugares previstos para ello. Así que continuó detenido. Al vencerse el plazo de la detención se presentaron dudas sobre el control de la medida y las posibilidades de una prórroga mediante su revisión. Al plantearse la cuestión prejudicial se expresaron también dudas sobre el comportamiento del interesado. A este respecto, se pregunta si el hecho de que éste no posea documentos de identidad puede considerarse una falta de cooperación en el procedimiento de expulsión.

internamiento debe poder pronunciarse sobre cualquier elemento de hecho y de derecho pertinente para determinar si la prórroga del internamiento está justificada (...) debe poder investigar cualquier otro elemento pertinente para su decisión en el supuesto de que lo considere necesario. Así pues, las facultades de las que goza la autoridad judicial para ejecutar ese control no pueden circunscribirse únicamente, en ningún caso, a los elementos presentados por la autoridad administrativa<sup>904</sup>. En consecuencia, la autoridad judicial podrá pronunciarse sobre la posibilidad de sustituir el internamiento por una medida menos gravosa o sobre la posibilidad de la puesta en libertad del inmigrante detenido, tomando en consideración las pruebas que obren en autos presentadas tanto por el interesado como por la autoridad administrativa respectiva<sup>905</sup>. Como se dijo en líneas anteriores, el TJUE ha concluido que cuando no hay perspectiva de que el detenido pueda ser admitido en un tercer Estado –por ejemplo, al carecer de documentación que le identifique–siendo por ende poco probable que pueda ser expulsado, el internamiento debe cesar<sup>906</sup>. Pero ello no implica un deber para el Estado de conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que le confiera a esa persona el derecho de estancia por carecer de documentos de identidad y no haberlos obtenido de su país de origen<sup>907</sup>.

La decisión que el TJUE pronunció en el asunto *Madhi* realza claramente el alcance del control que la autoridad judicial debe ejercer sobre la decisión administrativa que prolonga la detención. Primero, el TJUE no solo afirma que la autoridad judicial tiene que examinar la solicitud de una extensión de la detención con respecto a todas las circunstancias fácticas y legales de cada caso, sino que también insiste en la necesidad de que la autoridad judicial tenga en cuenta *todas* las circunstancias, incluso las circunstancias que la autoridad administrativa no transmitió o presentó. Y, en segundo lugar, el TJUE declara que la autoridad judicial no solo puede rechazar la extensión de la detención, sino que también puede decidir que la persona contra quien obra la medida debe ser objeto de una medida menos coercitiva.

Según el TJUE en el asunto *Mahdi*, el hecho de que la persona en cuestión no tenga un documento de identidad válido no justifica la prolongación de la detención y no constituye por sí solo un *riesgo de fuga* –uno de los motivos para detener a esa persona inicialmente–<sup>908</sup>, pero el juez nacional tiene la libertad de tener en cuenta dicho elemento para decidir sobre la extensión de la detención. Esto es decepcionante porque el *riesgo de fuga* es uno de los motivos para detener a los solicitantes de asilo en virtud de la directiva recepción y ello podría dar lugar a una violación de las normas internacionales y europeas que reconocen y garantizan el derecho de asilo<sup>909</sup>. Por su parte, la aclaración que el TJUE dio en el asunto *Sagor* de que el riesgo de fuga debe evaluarse sobre la base de un *examen individual* del caso<sup>910</sup> es de hecho realmente insuficiente para enmarcar las prácticas de los Estados miembros que se han desarrollado para ampliar la noción en exceso.

<sup>904</sup> TJUE, *Caso Mahdi* (2014, C-146/14) párr. 62.

<sup>905</sup> Cfr. TJUE, *Caso Mahdi* (2014, C-146/14) párr. 64.

<sup>906</sup> Cfr. TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 71 y conclusión 5.

<sup>907</sup> Cfr. TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 86-89.

<sup>908</sup> Cfr. TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 69.

<sup>909</sup> Cfr. artículo 15.1 de la Directiva 2008/115/CE, de 2008 con el artículo 28 del Reglamento (UE) n° 604/2013; y el artículo 8 de la Directiva 2013/33/UE, de 2013.

<sup>910</sup> TJUE, *Caso Sagor* (2012, C-430/11) párr. 41.



Si el riesgo de fuga puede justificar la detención inicial de un nacional de tercer país con estancia ilegal, su falta de cooperación puede justificar la decisión de detenerlo por más de seis meses. El caso *Madhi* ofreció al TJUE la oportunidad de aclarar el significado de la frase *falta de cooperación del nacional del tercer país en cuestión* –contenida en el artículo 15.6 de la directiva retorno– en este contexto. La situación del Sr. Mahdi era bastante clara: no tenía ningún documento de identidad válido cuando fue arrestado y luego obtuvo un documento de ese tipo de las autoridades estatales nacionales. Pero la respuesta del TJUE no ha sido tan clara y ordenada. De hecho, el TJUE evita el problema al afirmar que no es competente para examinar los hechos del caso y que solo el juez nacional puede responder a la cuestión de la interpretación de esta frase en la medida en que es una cuestión de hecho. Sin embargo, el TJUE desarrolla un punto interesante que debe ser enfatizado: esta falta de cooperación solo puede atribuirse al comportamiento del detenido en la medida en que las demoras y dificultades de su estado nacional en la entrega de la documentación necesaria para su devolución atribuibles a este comportamiento<sup>911</sup>.

Pero el TJUE ha señalado respecto a la noción de *riesgo de fuga* que esta difiere de la noción de *riesgo para el orden público*<sup>912</sup>. Al respecto, el asunto *Z. Zh y O.*<sup>913</sup> ofrece interesantes pronunciamientos respecto de lo que debe entenderse por *riesgo para el orden público*. Si bien los Estados miembros gozan de libertad para definir –con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra– las exigencias de orden público, no obstante, en el contexto de la UE –en particular como justificación de una excepción a una obligación establecida con objeto de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países al ser expulsados de la UE– tales exigencias deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la UE<sup>914</sup>. Así, esta noción prevista por la directiva retorno en su artículo 6, apartados 1 y 2, señala que los Estados miembros han de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional. A su vez, en su artículo 7 apartado 4, dispone que si existiera riesgo de fuga o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días.

<sup>911</sup> TJUE, *Caso Mahdi* (2014, C-146/14) párr. 85.

<sup>912</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13) párr. 56.

<sup>913</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13). El Sr. Zh., fue arrestado el 8 de junio de 2011 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos), mientras se encontraba en tránsito a Canadá y fue condenado a una pena privativa de libertad de dos meses por hallarse en posesión de un documento de viaje cuya falsedad conocía. El 4 de agosto de 2011, se ordenó al Sr. Zh. abandonar inmediatamente el territorio de la Unión Europea, siendo objeto de una medida de internamiento a efectos de su expulsión. Sus reclamaciones fueron desestimadas basándose en que representaba un riesgo para el orden público en el sentido del artículo 7.4 de la directiva retorno. Por su parte, el Sr. O. fue detenido al existir sospechas de maltrato a una mujer en el ámbito privado y se le ordenó abandonar inmediatamente el territorio de la UE, siendo sometido a internamiento. Su reclamación contra esa medida fue desestimada pues el Sr. O. representaba un riesgo para el orden público y que, por ese motivo, no podía concedérsele un plazo de salida voluntaria.

<sup>914</sup> Véase por analogía, TJUE, *Caso Gaydarov* (2011, C-430/10) párr. 32.

Articulando sus argumentos en la aplicación del principio de proporcionalidad y en el seguimiento de criterios objetivos, el asunto *Z. Zh y O.* el TJUE ha precisado que la determinación de este riesgo debe ser efectuada caso por caso, para comprobar si el comportamiento personal del interesado constituye un riesgo real y actual para el orden público, por lo que, el Estado incumple con dichas exigencias cuando determina este riesgo basándose en una práctica general o en cualquier presunción<sup>915</sup>. Así, para acogerse a la excepción prevista en el artículo 7.4 de la directiva retorno relativa a la existencia de un riesgo para el orden público, un Estado miembro debe poder demostrar que la persona de que se trate representa efectivamente tal riesgo<sup>916</sup>. Según el TJUE, la noción de *riesgo para el orden público* requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad<sup>917</sup>, resultando pertinente cualquier circunstancia de hecho o de derecho relativa a la situación del nacional de un tercer país que permita dilucidar si el comportamiento personal de éste constituye tal amenaza<sup>918</sup>. Así, cuando se trata de un sospechoso de haber cometido un acto tipificado como delito conforme al derecho nacional o que ha sido condenado penalmente por tal acto, otros elementos tales como la gravedad del acto, el tiempo transcurrido desde su comisión o la circunstancia de que dicho nacional se disponía a abandonar el territorio de ese Estado miembro cuando fue detenido por las autoridades nacionales pueden ser pertinentes para apreciar si el referido nacional representa un riesgo para el orden público en el sentido de esa disposición<sup>919</sup>.

Por lo demás, en atención a los considerandos 2, 6, 11 y 24 de la directiva retorno junto al artículo 5, de conformidad con los principios generales del derecho de la UE, -incluido el de proporcionalidad-, en el asunto *Z. Zh y O.* el TJUE señaló que si bien el artículo 7.4 de esta normativa prevé una facultad al Estado para abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria o para conceder un período inferior a siete días -sin precisar de qué manera habrá de efectuarse tal elección- no es menos cierto que, el respeto del derecho a ser oído antes de la adopción de una decisión de retorno impone a las autoridades nacionales competentes el permitir al interesado expresar su punto de vista sobre las modalidades de su retorno<sup>920</sup>. En este sentido, cuando el interesado representa un riesgo real y actual para el orden público, se prevé la posibilidad de abstenerse de conceder un plazo de salida voluntaria al interesado sin que sea necesario realizar un nuevo examen de las circunstancias que se consideraron pertinentes para apreciar la existencia de dicho riesgo<sup>921</sup>.

---

<sup>915</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13) párr. 50.

<sup>916</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13) párr. 46.

<sup>917</sup> Véase por analogía, TJUE, *Caso Gaydarov* (2011, C-430/10) párr. 33.

<sup>918</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13) párr. 60-62.

<sup>919</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13) párr. 65.

<sup>920</sup> TJUE, *Caso Khaled Boudjlida* (2014, C-249/13) párr. 51.

<sup>921</sup> TJUE, *Caso Z. Zh.* (2015, C-554/13) párr. 73

Respecto de otra garantía del debido proceso, la relativa al plazo para identificar a la persona detenida, el asunto *Achughbabian*<sup>922</sup> ofrece algunos pronunciamientos de interés.<sup>923</sup>

En el apartado 31 de la sentencia proferida en el asunto *Achughbabian*, el TJUE expresó la necesidad de tomar en consideración que las autoridades competentes deben disponer de un plazo, ciertamente breve pero razonable, para identificar a la persona controlada y para investigar los datos que permitan determinar si esa persona es nacional de un tercer país en situación irregular. La determinación del nombre y de la nacionalidad puede resultar difícil en caso de que el interesado no coopere. También la verificación de la existencia de una situación irregular puede resultar complicada, en particular si el interesado invoca la condición de solicitante de asilo o de refugiado. Dicho esto, las autoridades competentes están obligadas a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición acerca del carácter regular o irregular de la situación del interesado, a fin de evitar el menoscabo del objetivo de la directiva retorno.

El TJUE ha dejado claro que el período máximo de detención es improrrogable –por lo que no cabe recurrir a argumentos tales como el comportamiento agresivo del interesado, la carencia de medios económicos para subsistir o el no estar en posesión de documentos válidos para continuar con la detención– lo que no implica que no pueda acordarse el internamiento por motivos de orden público o de seguridad pública, pero su fundamento no será la directiva retorno<sup>924</sup>. En el caso de que el interesado haya formulado su solicitud de protección internacional tras haber sido internado a efectos de ser expulsado, podrá permanecer internado si, a la vista de las circunstancias, se entiende que dicha solicitud ha sido presentada únicamente con el propósito de frustrar la ejecución de la decisión de retorno, caso en el que es objetivamente necesario mantener la medida de internamiento para evitar que el interesado eluda definitivamente el retorno<sup>925</sup>.

Sobre la asistencia jurídica gratuita –también necesaria para la garantía del debido proceso– el TJUE ha señalado que, en los casos cuyo ejercicio de este derecho no perjudique el buen desarrollo del procedimiento de retorno y no comprometa la aplicación eficaz de la directiva retorno, el nacional del tercer país podrá recurrir a un letrado para que le asista

---

<sup>922</sup> TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11). El 24 de junio de 2011, en *Maisons-Alfort* (Francia), la Policía llevó a cabo controles de identidad en la vía pública. Uno de los individuos interrogados durante dichos controles declaró llamarse Alexandre Achughbabian y ser nacional de Armenia, aunque él desmiente haber realizado tal declaración. Al sospecharse que el Sr. Achughbabian había cometido y seguía cometiendo delito migratorio fue sometido a detención preventiva. Posteriormente se verificó que éste había entrado en Francia el 9 de abril de 2008 y había solicitado en ese país la concesión de un permiso de residencia, lo que fue denegado junto con una orden que le obligaba a abandonar el territorio francés en el plazo de un mes. Posteriormente en 2011, el *préfet du Val-de-Marne* dictó una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento, que fueron notificadas al Sr. Achughbabian. A continuación, el juez competente en materia de libertad y de privación de libertad del tribunal de *grande instance* de Créteil, al que se acudió para que resolviese sobre la prórroga del internamiento más allá de cuarenta y ocho horas, ordenó dicha prórroga y desestimó las excepciones de nulidad planteadas por el Sr. Achughbabian contra, en particular, la detención preventiva de la que acababa de ser objeto. Seguidamente, el Sr. Achughbabian recurrió en apelación ante la *cour d'appel* de París quien resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

<sup>923</sup> La pregunta planteada fue la siguiente: ¿Se opone la directiva retorno habida cuenta de su ámbito de aplicación, a una norma nacional que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país con motivo únicamente de la irregularidad de su entrada o de su estancia en el territorio nacional?, *cfr.* TJUE, *Caso Achughbabian* (2011, C-329/11).

<sup>924</sup> *Cfr.* TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 72. Un comentario a esta sentencia en AMÉDRO (2010).

<sup>925</sup> *Cfr.* TJUE, *Caso Mehmet* (2013, C-534/11) párr. 63.

cuando preste declaración ante la autoridad competente. Sin embargo, queda a la buena voluntad de los Estados el asumir los costos de esta asistencia jurídica gratuita, ya que estos no están obligados a sufragar tales servicios<sup>926</sup>. Sin embargo, respecto de la asistencia jurídica en el ejercicio del recurso correspondiente y de su efectividad, resulta oportuno traer a colación la opinión del abogado general emitida respecto del asunto *Abdida*. Según lo ha entendido este abogado, la apreciación de la efectividad del recurso debe ser efectuada caso por caso y según el contexto en el que se integra, teniendo en cuenta el desamparo psicológico en el que se pueden hallar los migrantes y las dificultades que pueden encontrar, en razón de su lengua, por ejemplo, para conocer los procedimientos que es preciso emprender en vísperas de su expulsión del territorio, siendo numerosos los que en ese momento carecen de medios para disponer de asistencia jurídica<sup>927</sup>.

Así, respecto de la extensión de una medida de detención y la naturaleza del control que la autoridad judicial debe ejercer sobre ella, en el *asunto G. y R.*<sup>928</sup> junto con el *asunto Boudjlida*<sup>929</sup>, el TJUE aclaró en gran medida que, el derecho a ser oído –en relación con las decisiones de retorno y de internamiento como parte de la defensa<sup>930</sup>– es exigible incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad<sup>931</sup>. En líneas generales este fallo comienza especificando que este no es una prerrogativa absoluta<sup>932</sup> sino

<sup>926</sup> Cfr. TJUE, *Caso Khaled Boudjlida* (2014, C-249/13) párr. 71.

<sup>927</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 119.

<sup>928</sup> TJUE, *Caso M. G., N. R.* (2013, C-383/13). Los hechos del *asunto G. y R.* fueron los siguientes. El 24 de octubre y el 11 de noviembre de 2012, respectivamente, las autoridades neerlandesas dispusieron el internamiento de los Sres. G. y R. en el marco de un proceso de expulsión. Por decisiones de 19 de abril de 2013 en el caso de uno de ellos y de 29 de abril de 2013 en el otro su internamiento se prorrogó hasta un máximo de doce meses debido en particular a la falta de colaboración de los interesados en el proceso de su expulsión. Los Sres. G. y R. interpusieron cada uno de ellos un recurso judicial contra la decisión de prórroga que le afectaba. Por resoluciones de 22 y 24 de mayo de 2013 el *Rechtbank Den Haag*, tribunal de primera instancia, constató una vulneración del derecho de defensa, pero desestimó esos recursos, considerando que esa irregularidad no motivaba la anulación de las decisiones de prórroga. Los Sres. G. y R. interpusieron recurso de apelación contra esas resoluciones ante el *Raad van State*.

<sup>929</sup> TJUE, *Caso Khaled Boudjlida* (2014, C-249/13). Por su parte, los hechos del *asunto Boudjlida* fueron los siguientes. El Sr. Boudjlida, de nacionalidad argelina, entró en Francia el 26 de septiembre de 2007 para cursar estudios superiores. Residió legalmente en el territorio francés en virtud de un permiso de residencia como estudiante, que fue renovado anualmente. No obstante, el Sr. Boudjlida no solicitó la renovación de su último permiso de residencia ni solicitó posteriormente la concesión de un nuevo permiso y pese a encontrarse en situación irregular en el territorio francés, solicitó el 7 de enero de 2013 su alta como autónomo ante la *Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales* (Unión de Recaudación de las Cotizaciones de Seguridad Social y de Prestaciones Familiares) para crear una microempresa en el sector de la ingeniería. Debido a su situación irregular, al acudir a la cita fijada por dicho organismo, el 15 de enero de 2013, el Sr. Boudjlida fue convocado por los servicios de la policía de fronteras a presentarse en sus dependencias ese mismo día o a la mañana del día siguiente para examinar la regularidad de su situación, reunión a la que acudió voluntariamente prestando declaración ante dichos servicios sobre su situación en relación con su derecho de estancia en Francia. Al término de dicha entrevista, el *préfet des Pyrénées-Atlantiques* adoptó la resolución impugnada. Posteriormente el Sr. Boudjlida interpuso recurso de anulación contra dicha resolución ante el tribunal *administratif de Pau*, alegando –entre otros aspectos– la irregularidad del procedimiento a cuyo término se adoptó tal resolución puesto que, según afirma, no gozó durante dicho procedimiento del derecho a ser oído debidamente, vulnerando así los principios generales del Derecho de la UE.

<sup>930</sup> Véase TJUE, *Caso Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo y Comisión* (2008, C-402/05 P y C-415/05 P) párr. 98 y 99.

<sup>931</sup> Véase TJUE, *Caso M. M.* (2012, C-277/11) párr. 86.

<sup>932</sup> TJUE, *Caso Dokter y otros* (2006, C-28/05) párr. 75.

que puede ser restringido<sup>933</sup> bajo ciertas condiciones. Por lo demás, aunque el capítulo III de la directiva retorno prevé de forma detallada las garantías concedidas a los nacionales de terceros países interesados tanto en lo que atañe a la decisión de expulsión como a su internamiento, en cambio no precisa las condiciones debía asegurarse el respeto del derecho de esos nacionales a ser oídos ni las consecuencias que habrían de derivar de su vulneración, excepto la exigencia con alcance general de la puesta en libertad si el internamiento fuera ilegal. Por ello, cuando el derecho de la UE no regule las condiciones conforme a las que debe garantizarse el respeto del derecho de defensa de los nacionales de terceros países en situación irregular ni las consecuencias de su vulneración, la regulación de dichas condiciones y de dichas consecuencias corresponde al derecho nacional<sup>934</sup>.

En los referidos casos –*asunto G. y R.* junto con el *asunto Boudjlida*–, el TJUE ha señalado que el derecho a ser oído incluye también la posibilidad que tiene el detenido a expresarse respecto de la legalidad de la estancia, sobre la posible aplicación de los artículos 5 y 6 de la directiva retorno –incluyendo las modalidades del retorno–, lo que debe ser ejercido no solo mediante el ejercicio del recurso correspondiente sino inclusive antes de que se adopte una decisión en su contra. Sin embargo, en el *asunto Boudjlida*<sup>935</sup> el TJUE desconoció estas particularidades que acompañan a la detención de migrantes e indicó que ello no implica que la autoridad nacional tiene el deber de avisar a la persona detenida que va a adoptar una decisión de retorno contra ella, ni de informarle los elementos en los que pretende basar su decisión, ni tampoco concederle un plazo de reflexión antes de recabar sus observaciones, siempre y cuando el detenido tenga la posibilidad de presentar, de manera adecuada y efectiva, su punto de vista en relación con la irregularidad de su situación y los motivos que puedan justificar, en virtud del derecho nacional, que dicha autoridad no adopte una decisión de retorno<sup>936</sup>.

Al respecto, el TJUE abundó en el *asunto Mukarubega*<sup>937</sup>. En este caso el TJUE previno que el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno no puede

<sup>933</sup> Siempre y cuando dicha restricción responda efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no constituyan, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados. Además, la existencia de una violación del derecho de defensa y del derecho a una tutela judicial efectiva debe apreciarse en función de las circunstancias específicas de cada asunto, véase en este sentido, TJUE, *Caso Solvay* (2011, C-110/10 P) párr. 63; y, en particular, de la naturaleza del acto de que se trate, del contexto en que se adoptó y de las normas jurídicas que regulan la materia correspondiente, TJUE, *Caso Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo y Comisión* (2008, C-402/05 P y C-415/05 P) párr.102.

<sup>934</sup> Véase, TJUE, *Caso Sopropé* (2008, C-349/07) párr. 38.

<sup>935</sup> TJUE, *Caso Khaled Boudjlida* (2014, C-249/13).

<sup>936</sup> Cfr. TJUE: *Caso M. G., N. R.* (2013, C-383/13) párr. 32; TJUE, *Caso M. M.* (2012, C-277/11) párr. 85-86; TJUE, *Caso Khaled Boudjlida* (2014, C-249/13) párr. 68 y 69.

<sup>937</sup> TJUE, *Caso Mukarubega* (2014, C-166/13). El 10 de septiembre de 2009, la Sra. Mukarubega, nacional de Ruanda entró en Francia con un visado y posteriormente solicitó una autorización para permanecer en Francia en calidad de refugiada. Durante el examen de su solicitud, disfrutó de una autorización temporal de residencia que fue debidamente renovada. Después de dar audiencia a la interesada, el Director General de el *Office français de protection des réfugiés et apatrides* (Oficina francesa de protección de los refugiados y apátridas) denegó su solicitud de asilo. La Sra. Mukarubega interpuso recurso contra esta resolución ante la *Cour nationale du droit d'asile* (Tribunal nacional del Derecho de asilo), en cuya vista la Sra. Mukarubega, asistida por un abogado, con la ayuda de un intérprete. No obstante, se desestimó este recurso. Habida cuenta de las referidas resoluciones, el *préfet de police* se negó mediante orden a expedir a la Sra. Mukarubega un permiso de residencia en calidad de refugiada y adoptó una decisión conminándola a abandonar el territorio francés. No obstante, la Sra. Mukarubega permaneció irregularmente en el territorio francés. A principios del mes de marzo

instrumentalizarse con la finalidad de que se reabra de manera indefinida el procedimiento administrativo y ello, con el fin de preservar el equilibrio entre el derecho fundamental del interesado a ser oído antes de que se adopte en su contra una decisión y la obligación de los Estados miembros de luchar contra la inmigración ilegal.

En los precitados asuntos –asunto *G. y R.* junto con el *asunto Boudjlida*– también se ha contemplado como parte de las garantías del debido proceso, el derecho de toda persona a acceder a su expediente a fin de analizar todas las pruebas que se hayan invocado en su contra para justificar la decisión de la autoridad competente, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. En este contexto, en el *asunto G. y R.* se ha señalado la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Los Estados miembros gozan de un margen de discreción considerable en la manera de conceder en la práctica el derecho a ser oído: cuando este no se respeta, la decisión solamente quedará invalidada si, en caso de que se hubiera respetado, el resultado del procedimiento habría sido diferente

No obstante, el pronunciamiento en el asunto *N. y R.* refleja un alto retroceso abandonando el principio *pro homine* en su vertiente de migrantes. En este caso, apartándose de la opinión del abogado general Wathelet emitida menos de un mes antes, el TJUE indicó que el artículo 15, apartados 2 y 6, de la directiva retorno, debe interpretarse en el sentido de que, cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente. Esta posición del TJUE no pareció provocar ninguna conmoción jurídica: las interpretaciones enfatizan que el control judicial debe ejercerse teniendo en cuenta todas las circunstancias fácticas y jurídicas del caso considerado y además, que tal control puede llevar a una anulación de la decisión que extiende la detención por violar el derecho a ser escuchado solo si el respeto de este hubiera dado lugar a un resultado diferente. Ello parece restringir la importancia de las garantías procesales.

---

de 2013 intentó desplazarse a Canadá sirviéndose de una falsa identidad y de un pasaporte belga obtenido fraudulentamente. En ese momento fue interceptada por la policía y detenida por uso fraudulento de un documento administrativo. En marzo de 2013, *el préfet de la Seine–Saint–Denis*, tras comprobar que la Sra. Mukarubega se hallaba en situación irregular en el territorio francés, le ordenó abandonar el territorio francés y le denegó un plazo de salida voluntaria debido a la existencia de un riesgo de fuga. *El préfet de la Seine–Saint Denis*, tras comprobar que la Sra. Mukarubega se hallaba ante la imposibilidad de abandonar inmediatamente el territorio francés al no existir un medio de transporte disponible y habida cuenta de que no presentaba garantías suficientes, ya que no poseía un documento de identidad o de viaje válido ni una dirección estable, y de que existía un riesgo de que eludiese la medida de expulsión de la que era objeto, estimó que no podía declararse su arresto domiciliario y ordenó su internamiento en un centro que no pertenecía a la Administración penitenciaria durante cinco días, el tiempo estrictamente necesario para su salida. Así pues, la Sra. Mukarubega fue internada en un centro de internamiento administrativo. La Sra. Mukarubega solicitó la anulación de las órdenes, así como la concesión de una autorización de residencia provisional y el reexamen de su situación. Aunque el *tribunal administratif de Melun* anuló mediante resolución de 8 de marzo de 2013 la orden de 5 de marzo de 2013 mediante la que se ordenó el internamiento administrativo de la Sra. Mukarubega por carecer de base legal, planteo la cuestión prejudicial.

Este fallo se acomoda mal con la *teoría del debido proceso* que recalca la necesidad de un proceso imparcial y respetuoso con los derechos fundamentales, es decir, el derecho de audiencia<sup>938</sup> y se percibe el distinto rasero o *estándar de protección* existente en el espacio europeo (infra) que lleva a cierta esquizofrenia jurídica. El tribunal ignoró el hecho de que cuánto más extendida sea la detención más exhaustivos deben ser los controles y que las garantías procedimentales son una parte fundamental de la legalidad por lo que no debe dividirse con simpleza entre reglas formales y sustanciales. Previamente, el propio TJCE en una praxis judicial compartida con el TEDH<sup>939</sup> ya se había manifestado sobre la importancia del respeto al imperio de la Ley y del principio *Quis custodiet ipsos custodes*<sup>940</sup>, para concluir justificando sus conclusiones en la interpretación clásica del *efecto útil*.

Por otra parte, respecto de la exigencia de una decisión adoptada por escrito, el TJUE señaló en el *asunto Kadzoev* –anteriormente precitado– que tal requerimiento se refiere también necesariamente a cualquier decisión sobre la prórroga del internamiento, debido, por una parte, a la naturaleza análoga del internamiento y de la prórroga de éste, ya que ambos tienen como consecuencia privar de libertad al nacional del tercer país para preparar su retorno y/o ejecutar el proceso de expulsión, y, por otra parte, a que, en ambos casos, dicho nacional debe poder conocer los motivos de la decisión adoptada respecto a él. Mediante esta decisión se recalca la importancia de las garantías procesales, específicamente respecto de la detención, que debe ser ordenada por escrito con motivaciones en hechos y derecho, requisitos aplicables también cuando se prolonga el plazo de detención.

El TJUE ha señalado que el tiempo durante el que una orden de expulsión queda suspendida, a causa de la formulación por parte del interesado de un recurso contra la misma, se computa como tiempo de internamiento porque en dicho tiempo la persona permaneció privada de libertad<sup>941</sup>. En este sentido, también ha señalado que el recurso debe tener efectos suspensivos cuando la ejecución de la expulsión pudiera derivar en un perjuicio

<sup>938</sup> El propio artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que recoge el derecho a una buena administración, toda persona tiene derecho a ser oída cuando una medida individual le puede afectar de forma adversa. También, *Cfr.* Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A n° 16), en la que se afirma que para que exista *debido proceso legal* es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Así mismo, el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. en general, véase, HOFMANN y PEERS (2014).

<sup>939</sup> El TEDH estableció tres criterios para distinguir un proceso penal de uno administrativo, criterios que si bien no son cumulativos, cada uno de ellos puede evidenciar la naturaleza penal del procedimiento en cuestión; en primer lugar, la clasificación formal del procedimiento en el derecho nacional; segundo, la naturaleza de la infracción, y tercero, la naturaleza, gravedad y fin de la pena, *vease* TEDH, *Caso Engel contra Países Bajos* (1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72); más recientemente y de forma muy matizada, el reciente asunto *Al-Dulimi and Montana Management Inc. contra Suiza*, donde el TEDH señaló: “*held in Al-Dulimi that because the relevant SC resolutions did not exclude domestic judicial review expressis verbis, the resolutions, when properly interpreted, left the door open for such review*”, TEDH, *Caso Al-Dulimi y Montana Management Inc contra Suiza* (2016, aplicación n° 5809/08).

<sup>940</sup> Véase TJUE, *Caso Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo y Comisión* (2008, C-402/05 P y C-415/05 P) párr. 281 que reza: “...it is not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that that measure is intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations”.

<sup>941</sup> *Cfr.* TJCE, *Caso Kadzoev* (2009, C-357/09) párr. 57; en el mismo asunto, véase Opinión del Abogado General, Sr. Ján Mazák párr.73-79.

serio e irreparable, como el que se podría producir en el caso de exponer a la persona de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes<sup>942</sup>, caso en los que debe considerarse el principio de no devolución.

En el asunto *Gnandi*<sup>943</sup> el TJUE se pronunció sobre el derecho a un remedio efectivo, en atención a la cuestión prejudicial planteada<sup>944</sup>. Así, el TJUE indicó que a la luz del principio de *no devolución* y del derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 5 de la directiva retorno no se opone a que la autoridad nacional a la que le corresponda decidir adopte una decisión de retorno -en virtud del artículo 6.1- contra un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional, a partir del momento en el que deniega esa solicitud o unida a esa denegación en el marco de un único acto administrativo, y por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional contra dicha denegación. Para ello –acotó el TJUE– será necesario que: a) el Estado garantice, en particular, que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a la espera del resultado de dicho recurso; b) que el solicitante pueda beneficiarse durante ese período de los derechos que se derivan de la directiva recepción y, c) que pueda invocar cualquier cambio en las circunstancias que se produzca después de la adopción de la decisión de retorno y que pueda incidir de forma significativa en la apreciación de su situación de conformidad con la Directiva retorno, en particular, con su artículo 5, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional.

Respecto del derecho a un recurso efectivo se pueden efectuar otras consideraciones. La directiva retorno establece las normas relativas al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y conforme a su artículo 2, su aplicación se extiende a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. Así, su objetivo es establecer una política eficaz de retorno y repatriación, basada en normas y garantías jurídicas comunes, para que las personas sean repatriadas humanamente y respetando plenamente sus derechos fundamentales y su dignidad. Esto resulta de interés en relación con el tema que aquí nos ocupa. Tengamos presente que esta normativa en su artículo 13, apartados 1 y 2 reconoce al nacional afectado garantías de procedimiento en el contexto del recurso interpuesto contra la decisión de retorno. Esa disposición señala textualmente que *se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno. En estos casos, la autoridad u órgano respectivo puede asimismo suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional. En tal supuesto,*

<sup>942</sup> Cfr. TJUE, *Caso Abdoulaye Amadou Tall* (2015, C-239/14) párr. 58.

<sup>943</sup> TJUE, *Caso Sadikou Gnandi* (2018, C-181/16). Los hechos fueron los siguientes. El 14 de abril de 2011, el Sr. Gnandi, nacional togolés, presentó una solicitud de protección internacional ante las autoridades belgas que fue denegada. El 3 de junio de 2014, el Estado belga, a través de la *Office des étrangers* (Oficina de extranjería, Bélgica), ordenó al Sr. Gnandi que abandonara el territorio. El 23 de junio de 2014, el Sr. Gnandi interpuso recurso ante el Consejo del contencioso de extranjería contra la decisión y además, solicitó ante dicho órgano jurisdiccional la anulación y la suspensión de la ejecución de la orden de abandono del territorio de 3 de junio de 2014. Mediante sentencia de 31 de octubre de 2014, el Consejo del contencioso de extranjería desestimó el recurso interpuesto. El 10 de noviembre de 2015, el *Conseil d'État* (Consejo de Estado, Bélgica), ante el que el Sr. Gnandi interpuso un recurso de casación contra ambas sentencias, casó la sentencia del Consejo del contencioso de extranjería. En el marco de dicho procedimiento el *Conseil d'État* (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial.

<sup>944</sup> cfr. TJUE, *Caso Sadikou Gnandi* (2018, C-181/16) párr. 30-34.



según el artículo 9, tiene lugar al aplazamiento de la expulsión. Pero esa disposición no obliga a los Estados miembros a prever un recurso de efecto suspensivo cuando se impugna una decisión de retorno, sino que se trata solo de una facultad<sup>945</sup>. Por ello, el derecho efectivo de recurso exigible en virtud del artículo 13.1 de la directiva retorno y reconocido en el artículo 47.1 de la CDFUE implica la existencia de un recurso suspensivo de pleno derecho cuando la ejecución de la decisión de retorno –debido al estado de salud del interesado– puede exponerle a un riesgo de trato inhumano o degradante contrario al artículo 4 de la CDFUE<sup>946</sup>. La motivación de este criterio partió de la base según la que, por tratarse de una decisión de retorno –y, por ende, una situación regulada por el derecho de la UE– los Estados miembros están obligados conforme al artículo 51.1 de la CDFUE a aplicar los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico de la UE<sup>947</sup>.

La Tabla N° 24 muestra de modo sucinto los criterios jurisprudenciales de mayor relevancia respecto de la protección de este derecho.

**TABLA N° 24.**

**Criterios jurisprudenciales del TJUE sobre el derecho al debido proceso**

Objeto de protección	Parámetros aplicados	Criterios Jurisprudenciales
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículos 6.1, 6.2, 7.4 y 15 directiva retorno.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El período durante el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de la expulsión.</li> <li>• Cuando la detención obedece a una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a la solicitud de asilo, el tiempo que una persona permanece internada no deberá ser considerado como un internamiento a efectos de la expulsión.</li> </ul>

<sup>945</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 103.

<sup>946</sup> Cfr. TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 11.

<sup>947</sup> TJUE, *Caso Abdida* (2014, C/562/13) conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, párr. 99. Como manifestó el TJUE en los asuntos: TJUE, *Caso Åkerberg Fransson* (2013, C-617/10) párr. 21 y, TJUE, *Caso Pflieger y otros* (2014, C-390/12) párr. 34. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

<p>Debido proceso (justicia): derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.</p>	<p>Artículos 5, 6, 15.2, 15.6, 13.1 y 13.2 directiva retorno; artículo 47.1 CDFUE.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El juez que revisa la medida debe tener amplios poderes decisorios: debe poder pronunciarse sobre cualquier elemento de hecho y de Derecho pertinente.</li> <li>• La autoridad judicial tiene que examinar la solicitud de una extensión de la detención con respecto a todas las circunstancias fácticas y legales de cada caso, teniendo en cuenta <i>todas</i> las circunstancias, incluso aquellas que la autoridad administrativa no presentó.</li> <li>• La falta de cooperación solo puede atribuirse al comportamiento del detenido en la medida en que las demoras y dificultades respecto de la documentación necesaria para su devolución sean atribuibles a este comportamiento.</li> <li>• El respeto del derecho a ser oído antes de la adopción de una decisión de retorno impone a las autoridades nacionales competentes el permitir al interesado expresar su punto de vista sobre las modalidades de su retorno.</li> <li>• Las autoridades competentes están obligadas a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición acerca del carácter regular o irregular de la situación del interesado, a fin de evitar el menoscabo del objetivo de la directiva retorno.</li> <li>• La asistencia jurídica gratuita podrá ser ejercida cuando ello no perjudique el buen desarrollo del procedimiento de retorno y no comprometa la aplicación eficaz de la directiva retorno. Sin embargo, queda a la buena voluntad de los Estados el asumir los costos de esta asistencia, ya que estos no están obligados a sufragar tales servicios.</li> <li>• El derecho a ser oído es exigible incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad. Pero no se trata de una prerrogativa absoluta.</li> <li>• Cuando el derecho de la UE no regule las condiciones conforme a las que debe garantizarse el respeto del derecho de defensa de los nacionales de terceros países en situación irregular ni las consecuencias de la vulneración de ese derecho, la regulación de dichas condiciones y de dichas consecuencias corresponde al derecho nacional.</li> <li>• El derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno no puede instrumentalizarse con la</li> </ul>
--	--	--

		<p>finalidad de que se reabra de manera indefinida el procedimiento administrativo.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• El tiempo durante el que una orden de expulsión queda suspendida, a causa de la formulación por parte del interesado de un recurso contra la misma, se computa como tiempo de internamiento porque en dicho tiempo la persona permaneció privada de libertad.</li></ul>
--	--	---

## **PARTE SEGUNDA. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES FRENTE A LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA EXPULSIÓN EN CHILE.**

### **CAPÍTULO III. MARCO NORMATIVO.**

#### Sumario:

1. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.
  - 1.1. La legalidad de los tratados y la tesis de su incorporación mediante transformación.
  - 1.2. La constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos y la tesis de su incorporación automática.
2. El bloque de constitucionalidad chileno para la protección de los derechos de los migrantes.
  - 2.1. Sobre los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.
    - 2.1.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
    - 2.1.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
    - 2.1.3. Del derecho al debido proceso.
  - 2.2. Sobre la Constitución Política de la República de Chile.
    - 2.2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y su protección.
    - 2.2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
    - 2.2.3. Del derecho al debido proceso.
3. Sobre las normas de rango legal.
  - 3.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 3.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 3.3. Del derecho al debido proceso.
4. Sobre las normas administrativas.
  - 4.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 4.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 4.3. Del derecho a un debido proceso.
5. Sobre los proyectos de ley en trámite.
  - 5.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 5.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 5.3. Del derecho a un debido proceso.

## 1. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Son diversas las teorías jurídicas que han pretendido responder a los cuestionamientos existentes en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. ¿Cómo el derecho internacional puede aplicarse en el ordenamiento interno?, es una de las interrogantes que dan cabida a dicho debate. Por ello, es menester hacer referencia previa a la disyunción *dualismo-monismo*. Se trata de un debate académico que ha dividido a la doctrina en dos posiciones confrontadas, tras la aparición de la obra de Triepel<sup>948</sup> –con su posición dualista–, así como de la contrapropuesta planteada por Kelsen y Scelle, con su teoría monista<sup>949</sup>. Estas teorías han pretendido explicar, por una parte, la escisión o unidad entre los dos ordenamientos en cuestión y, por la otra, la jerarquía<sup>950</sup> de las normas internacionales en relación con las normas nacionales<sup>951</sup>.

La teoría del dualismo –también conocida como pluralista o de *paralelismo jurídico*, formulada en el pleno auge del concepto de soberanía– exalta el derecho nacional en el plano interno y la preeminencia de las normas internacionales en el plano internacional<sup>952</sup>. Ello porque “[e]l ordenamiento jurídico internacional presenta una serie de características que lo distinguen de los ordenamientos internos”<sup>953</sup>. Además, “para que la comparación entre ambos sistemas sea justa y rigurosa hay que tener siempre en cuenta que los derechos internos y el derecho internacional descansan sobre supuestos institucionales diferentes, siendo mucho más completos y evolucionados los de los derechos internos”<sup>954</sup>. Así, la denominación *Derecho Internacional* es estrictamente técnica, pues designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados<sup>955</sup>. La existencia de un Estado supone previamente la existencia de otro Estado<sup>956</sup>, lo que conculca con una imposibilidad lógica del orden jurídico internacional como un orden unitario<sup>957</sup>. Luego, las teorías acerca

---

<sup>948</sup> Triepel, en 1899 realiza el primer esfuerzo para solucionar el problema del orden jurídico que debe prevalecer. Fue mediante las compilaciones de la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1923 en las que desarrollaron las posiciones antagónicas entre Kelsen y Triepel. Véase, TRIEPEL (1925) p- 80: “(...) *le droit international public et le droit interne sont non seulement des parties, des branches du droit distinctes, mais aussi des systèmes juridiques distincts. Se sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais*”, es decir, “El derecho internacional público y el derecho interno no son solo partes o ramas del derecho separadas entre sí, sino también sistemas legales separados. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que nunca se superponen” (la traducción es nuestra).

<sup>949</sup> Posteriormente fue Kelsen, en 1925, quien defendió la postura monista, véase KELSEN (1927).

<sup>950</sup> Un estudio sobre el tema de la jerarquía se puede encontrar en BREWER-CARIAS (1994) pp. 64 y ss.

<sup>951</sup> Si se quiere profundizar más sobre monismo y dualismo, se puede revisar: ARELLANO (2002) pp. 85 y ss.; OPPENHEIM (1967) pp. 37 y ss.

<sup>952</sup> Para una defensa contemporánea del dualismo: ARANGIO-RUIZ (2003). Para autores como Triepel o Anzilotti, el derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes o separados, cuyas fuentes y destinatarios son independientes. El Derecho Internacional tiene formas propias para crear derechos, como los tratados, la costumbre, los actos unilaterales de los Estados o los actos de las Organizaciones Internacionales, cuya base está en la valoración libre de las partes que son, gracias a su voluntad, a su vez los creadores y sujetos de ese Derecho; en tanto que el Derecho Interno presenta su propia forma de creación de Derecho, centralizada, en principio, en un organismo legislativo (GATTAS (2006) p. 441).

<sup>953</sup> NOVAK y GARCÍA-CORROCHANO (2003) p. 37.

<sup>954</sup> PASTOR RIDRUEJO (2001) p. 24.

<sup>955</sup> SORENSEN (2010) pp. 53 y 97.

<sup>956</sup> SCHMITT (1998) pp. 82-87.

<sup>957</sup> Según este autor “...la validez del Derecho Internacional está fundada en la voluntad común de los Estados y en la validez de las normas jurídicas fundamentales, de lo que resulta, de manera evidente, que la norma

del orden *jurídico mundial unitario* y todas las construcciones de un *sistema jurídico internacional* son solo especulaciones arbitrarias, porque la existencia de una unidad decisoria universal como presupuesto del sistema trasformaría al derecho internacional en derecho estatal<sup>958</sup>. Las consecuencias prácticas de esta posición dualista son, básicamente, dos: *a)* una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico interno; el destinatario son los Estados que han prestado su consentimiento para que un tratado internacional sea aplicable en el orden interno deberá ser transformado en norma interna mediante un acto del legislador; y, *b)* como el tratado se transforma en norma interna, la norma posterior puede derogar o modificar la norma anterior<sup>959</sup>.

Contraria a las posiciones anteriores se erige la teoría del *monismo jurídico radical*, cuyo máximo representante ha sido Kelsen y que supone —sin matices— la primacía del derecho internacional frente al ordenamiento nacional. Así, las normas del derecho estatal contrarias al derecho internacional son nulas<sup>960</sup>, ya que la unidad de ambos sistemas supone la existencia de dos subsistemas relacionados jerárquicamente entre sí. Este autor sostenía que, si el derecho internacional y el derecho nacional se suponen válidos simultáneamente, entonces resulta inevitable una construcción monista<sup>961</sup>. Luego, el *monismo* puede adoptar dos tendencias: *a)* el *monismo nacional*, el cual privilegia al derecho interno sobre el internacional<sup>962</sup> y, *b)* el *monismo internacional*, el cual defiende la primacía de las normas internacionales<sup>963</sup>. Se plantea entonces una especie de *monismo jurídico moderado*, sostenido por alguno de los discípulos que comprendieron las dificultades de sostener la postura de Kelsen, tales como Verdross, Kunz o Mouskheli<sup>964</sup>. Para Verdross el derecho estatal solo puede moverse con entera libertad dentro de los límites fijados por el derecho internacional<sup>965</sup>. Se supone, según la teoría del monismo, la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor

---

jurídica individualizada por la voluntad común de los Estados se encuentra a la vez sobre ellos y, en todo tiempo, a su disposición o arbitrio” (HELLER (1995) p. 231).

<sup>958</sup> HELLER (1995) p. 239.

<sup>959</sup> DÍEZ DE VELASCO (2007) p. 194.

<sup>960</sup> VERDROSS (1980) p. 96. Un representante del monismo radical lo encontramos en Kelsen, Vease, KELSEN (2001).

<sup>961</sup> KELSEN (2001) p. 84. Asimismo, explica que: “...la Teoría Pura del Derecho, como Ciencia del Derecho, concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas que no entran en conflicto. Esto parece ser imposible por lo que atañe a la relación entre el derecho nacional e internacional los que, de conformidad con la doctrina tradicional, son dos sistemas de normas independientes el uno del otro y, consecuentemente, se encuentran en posibilidad de entrar en contradicción o conflicto” (KELSEN (2001) p. 81).

<sup>962</sup> CRAWFORD (2012) pp. 48-49.

<sup>963</sup> CASSESE (2001) p. 163.

<sup>964</sup> Verdross explica su postura al precisar que: “...solo puede dar cuenta de la realidad jurídica una teoría que, reconociendo, desde luego, la posibilidad de conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno advierta que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. Damos a esta teoría el nombre de monismo moderado o estructurado sobre la base de la primacía del Derecho Internacional porque mantiene la distinción entre el derecho internacional y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional” (VERDROSS (1980) pp. 96-97). El monismo con supremacía internacional es el vigente en el derecho internacional público. En el plano normativo así lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena, de 1969.

<sup>965</sup> VERDROSS (1980) p. 96.

internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente<sup>966</sup>.

La disyuntiva *dualismo-monismo* es una discusión interminable. No obstante, en la actualidad hay una tendencia a la recepción de versiones moderadas de las anteriores teorías, por parte de los Estados en su derecho doméstico. Para Remiro Brotons, en el modo de incorporación del derecho internacional al derecho nacional “...hay factores ideológicos, vinculados a la valoración que se hace de la soberanía del Estado y a postulados monistas o dualistas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos; hay factores históricos, ligados a la tradición constitucional de cada país; hay factores políticos, tras el afán de interponer filtros legales entre los derechos que el Estado se ha comprometido a respetar y su disfrute por sus ciudadanos (o súbditos)”<sup>967</sup>.

La práctica internacional solo se limita a establecer el deber que tienen los Estados de cumplir sus obligaciones internacionales, así como la responsabilidad internacional en la que estos incurrirían en caso de incumplimiento de tales compromisos, más allá del establecimiento de jerarquías entre el ordenamiento internacional y el nacional. Aquí se observa el surgimiento de ciertas *teorías coordinadoras* como resultado de ciertas concesiones por parte de los defensores de cada teoría, en la que los dualistas han reconocido cierta relación en el derecho internacional y el derecho interno –y una determinada primacía de aquél sobre éste en los casos de responsabilidad internacional de un Estado por incumplimiento de sus compromisos internacionales–, en tanto que los monistas admitieron que la potestad legislativa de los Estados no dependía de una delegación de competencias por parte del derecho internacional. En este contexto, Carrillo Salcedo concluye que “una norma interna contraria al derecho internacional es válida y obligatoria en el plano interno, aunque haga incurrir en responsabilidad internacional al Estado en cuestión por incumplimiento de una norma internacional que le vincule y obligue”<sup>968</sup>.

El tema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional tiene especial relevancia en lo tocante al reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento positivo vigente de un Estado. Ello permitiría conocer el marco normativo y demás mecanismos adoptados por el derecho interno, así como su efectiva aplicación para la protección de los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional. Toda la problemática planteada en los últimos tiempos en torno a estas teorías es tan solo el reflejo de la realidad existente en torno a la incorporación siempre reticente de las normas propias del derecho interestatal a la realidad normativa interna de las naciones<sup>969</sup>. Si bien hay sistemas que reconocen en sus textos constitucionales la incorporación de estos derechos mediante simples declaraciones solemnes o genéricas, en otros sistemas se garantiza el reconocimiento pormenorizado de cada uno de estos derechos en el texto de sus cartas políticas<sup>970</sup>. Así se explica que con mayor frecuencia se incluyan en los textos

---

<sup>966</sup> NOVAK y GARCÍA-CORROCHANO (2003) p. 325.

<sup>967</sup> REMIRO (2010) p. 248.

<sup>968</sup> CARRILLO (1994) p. 149.

<sup>969</sup> GAETE (1996) p. 259.

<sup>970</sup> Un ejemplo de los primeros lo observamos en la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, la cual, en su novena enmienda, establece que “...la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo”. Si bien la mayoría de los textos constitucionales contienen cláusulas que reconocen de forma implícita aquellos derechos no enunciados de forma taxativa, dentro de los sistemas cuyos textos constitucionales reconocen de forma

constitucionales las reglas que proclaman, protegen y limitan los derechos de los gobernados<sup>971</sup>. Quizás ello sea de interés para una cabal comprensión de los derechos fundamentales y, en consecuencia, una eficaz protección de los mismos, en los que se torna necesario abandonar las intrincadas elucubraciones acerca de una norma fundamental de naturaleza internacional y el carácter formal que dota de coherencia interna al ordenamiento jurídico y partir, por el contrario, de la necesidad de identificar un poder soberano que proclama, y en última instancia se responsabiliza, de la plasmación plena de los derechos civiles y libertades de los ciudadanos<sup>972</sup>.

Ahora bien, respecto del conflicto surgido entre una norma de un tratado internacional y otra de derecho interno, es oportuno recordar que la CPR ha dispuesto que los tratados internacionales sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos conforme a las normas previstas en el propio tratado o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional, mas no por decisiones internas unilateralmente adoptadas que deriven en responsabilidad internacional<sup>973</sup>. No obstante, para dilucidar estos aspectos, a continuación, abordamos las teorías existentes en torno a los mecanismos de incorporación del derecho internacional en el derecho nacional chileno.

### **1.1. Legalidad de los tratados y la tesis de su incorporación mediante transformación.**

El constitucionalismo contemporáneo, al menos en Occidente, se caracteriza por la progresiva interrelación entre las fuentes internas y aquello que puede identificarse con el *derecho no nacional*<sup>974</sup>, lo que plantea dificultades no menores. En Chile, la CPR ha establecido su propio procedimiento interno para la celebración de tratados, pero nada indica en cuanto a los mecanismos de incorporación de dichos instrumentos internacionales. Se entiende que la *incorporación* alude a la forma como las normas internacionales ingresan a los ordenamientos estatales<sup>975</sup>.

Hemos de acotar que en esta sección se pretende abordar el modo en que un tratado ratificado se incorpora al ordenamiento interno. Esto genera diferentes interpretaciones, haciendo de este tema un aspecto controvertido a nivel doctrinal sobre el que se erigen diferentes y marcadas opiniones<sup>976</sup>. Aunque Visscher sostiene que el procedimiento de introducción de un tratado en el orden interno es una técnica de ejecución de los tratados, mientras que la cuestión de la aplicabilidad del tratado a los individuos es una cuestión que

---

promenorizada los derechos fundamentales, podemos mencionar: la Constitución argentina, la Constitución de Uruguay, la Constitución de Ecuador, la Constitución de Venezuela de 1999, entre otras.

<sup>971</sup> SILVA (1997) pp. 134 y 135.

<sup>972</sup> FONDEVILA (2014) p. 202.

<sup>973</sup> Un análisis completo de los elementos que configuran la responsabilidad internacional del Estado, en: AGUIAR (1993); y, NASH (2013).

<sup>974</sup> NÚÑEZ (2009) p. 488.

<sup>975</sup> SALMÓN (2003) p. 151. Luego, en p. 175, respecto del tema de la incorporación del derecho internacional en un texto constitucional, esta autora ha señalado que “la importancia de la protección de los derechos humanos hace imprescindible que el texto constitucional, además de otorgar un lugar privilegiado a los tratados de derechos humanos y de reiterar lo relativo a que la enumeración de los derechos constitucionales no excluye a otros que se fundan en la dignidad humana y el estado social de derecho”.

<sup>976</sup> Cuyo estudio no constituye el objeto de las presentes líneas. Sin embargo, respecto de esta discusión, véase SILVA (1997), TAPIA (2003), RÍOS (1997), NASH (2003), BECA (2014).



tiene que ver con la naturaleza misma del tratado<sup>977</sup>, se observa un paralelismo entre la teoría del dualismo y el mecanismo de incorporación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional –mediante la *transformación*– y respecto de la teoría del monismo, con la doctrina de la *incorporación automática* del derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional.

Con el auge de las constituciones escritas, y en virtud de las normas establecidas por tratados que son receptadas por los Estados, el conflicto relativo a los mecanismos de incorporación del derecho internacional en el nacional se trasladó desde el plano consuetudinario al convencional. Así, internamente –por tratarse de países de derecho escrito–, el referido conflicto debe ser resuelto a la luz de las normas constitucionales o legales existentes<sup>978</sup>. En el caso de Chile no existe una norma constitucional expresa que consagre un sistema o mecanismo de incorporación del derecho internacional en el derecho interno. La inadecuación de la Constitución de 1980 a la nueva realidad que impone la relación internacional en un mundo global –en el que el concepto de integración y del derecho comunitario son expresiones frecuentes– queda de manifiesto, entre otras materias, en la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno<sup>979</sup>. Así, el tema de la incorporación quedó entregado a la regulación subconstitucional y a la práctica institucional<sup>980</sup>.

Del actual inciso 9º del artículo 54 N° 1 de la CPR –tras la reforma constitucional del año 2005–, han surgido ciertas interpretaciones respecto de los trámites a seguir para la incorporación del derecho internacional al ordenamiento interno. Este artículo precisa que “...deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor”<sup>981</sup>. Este precepto nada dice sobre el seguimiento de tales prácticas de publicidad, sino que ello se despliega por razones de costumbre. La Constitución vigente antes de la reforma de 2005 señalaba en su artículo 50 N° 1 que “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. Ello dio razones a cierto sector de la doctrina para entender que para ese instrumento se seguía el trámite de promulgación y publicación que era propio de una ley, entonces el mecanismo de incorporación del derecho internacional convencional al orden interno era la *transformación*, mediante el decreto promulgatorio del tratado efectuado por el Presidente de la República<sup>982</sup>.

Empero, tras la reforma constitucional de 2005, el artículo 50 N° 1 de la CPR señala que “la aprobación de un tratado... se someterá *en lo pertinente* a los tramites de una ley” (la cursiva es nuestra)<sup>983</sup>. Y la CPR en sus artículos 32, N° 15 y 54 N° 1 hace referencia a los trámites necesarios para la aprobación de estos instrumentos. De ahí que, cuando el texto constitucional hace referencia *a lo pertinente*, se refiere a la aprobación previa a la ratificación internacional exigible respecto de los tratados. Este trámite es suficiente para que el instrumento internacional tenga vigencia en el ámbito interno. Así, los tramites de publicación son necesarios solo para efectos de publicidad. Si bien se trata de un tema

<sup>977</sup> DE VISSCHER (1952) p. 559.

<sup>978</sup> GAETE (1996) p. 262.

<sup>979</sup> PFEFFER (2003) p. 468.

<sup>980</sup> ALDUNATE (2010) p. 186.

<sup>981</sup> Los trámites de publicidad aquí referidos son la promulgación y publicación del tratado.

<sup>982</sup> DÍAZ (2011) pp. 82-83.

<sup>983</sup> También véase, TRONCOSO (2008) p. 150.

controvertido por parte de la doctrina chilena, de la anterior lectura se colige que, estamos en presencia de trámites muy diferentes<sup>984</sup>.

Asimismo, aunque no se trata de un requisito expreso para la implementación de la norma internacional, la promulgación sirve para certificar la regularidad de la conclusión del tratado y ordena su ejecución dentro del territorio nacional, en tanto que, la publicación – además de darle publicidad– hace posible la presunción del conocimiento de la norma, por lo que ambos trámites solo tienen un efecto declarativo<sup>985</sup>. Como lo afirman Nash y Medina, estas consideraciones no tienen en cuenta que el acto por el cual el Congreso aprueba un tratado es un acuerdo, no una ley; que una vez que él se incorpora, no adquiere el carácter de ley, sino que se incorpora en tanto tratado, una categoría de normas diferente a la ley; y, que cuando se publica, lo que se publica es el decreto promulgatorio y el texto del tratado, no de una ley, y no se publica el acuerdo, que se menciona sólo como información de que el Presidente cumplió con obtener la aprobación del Congreso antes de ratificar<sup>986</sup>.

Por ello, a continuación, se esgrimen con mayor precisión las razones que justifican la posición –por nosotros adherida– respecto de los mecanismos de incorporación del derecho internacional en el derecho interno chileno: la tesis de incorporación automática.

## **1.2. Constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos y la tesis de su incorporación automática.**

Con mayor fuerza tras la reforma de 2005, parece patentarse la idea según la cual, una vez que un tratado se encuentra vigente, éste sea integrado a las normas jurídicas internas sin necesidad de ninguna medida legislativa especial. Esta teoría de la *incorporación automática* tuvo su origen en Inglaterra, integrándose al *common law*, aunque posteriormente ha ejercido gran influencia en muchos Estados, especialmente aquellos herederos del imperio británico<sup>987</sup>. Aquí no se pretende que los tratados sean transformados en norma interna, sino que se respete su naturaleza como tal.

Según el artículo 54 N° 1 “la aprobación de un tratado requerirá en cada cámara, del quórum que corresponda, en conformidad con el artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. Así, la aplicación de *lo pertinente* implica que la aprobación de un tratado internacional por el Congreso Nacional debe hacerse siguiendo los mismos pasos que establece la CPR en el proceso de formación de una ley, en lo que sea aplicable o compatible. Pero además su aplicación se deriva de las demás normas constitucionales relativas a los tratados que establecen modificaciones al procedimiento normal de formación de la ley<sup>988</sup>. Se trata pues de una asimilación parcial<sup>989</sup>, entendiendo que la ley y el tratado son instrumentos diferentes.

Por medio de la incorporación de la norma de derecho internacional general, esta pasa a formar parte integrante del derecho del Estado –*ipso facto* y sin que sea necesario que se encuentre dotada de un mecanismo especial, evitando que el derecho internacional requiera prueba dentro del derecho interno y rigiendo *in actum*–, lo que ocurre según el artículo 5 inciso 2° de la CPR respecto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza

<sup>984</sup> GARCÍA (2006) p. 77.

<sup>985</sup> DÍAZ (2011) p. 84.

<sup>986</sup> MEDINA y NASH (2003) p. 44.

<sup>987</sup> GAETE (1996) p. 262.

<sup>988</sup> RIBERA (2007) p. 514.

<sup>989</sup> ALDUNATE (2010) p. 195.

humana<sup>990</sup>. Otro sector de la doctrina chilena reconoce entonces la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario en el derecho interno –aunque no exista norma expresa al respecto en la CPR– y una incorporación automática del derecho internacional convencional en el derecho interno –si este versa sobre materia de derechos humanos– lo que no se indica expresamente en el texto constitucional, pero se desprende de un análisis sistemático del artículo 5 inciso 2 de la CPR<sup>991</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales chilenos ha admitido que las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automáticamente incorporadas en el derecho chileno sin necesidad de un acto de recepción por parte de algún órgano del Estado, pero esto no aplica para el derecho convencional internacional. En el caso de los tratados internacionales, estos requieren de un acto expreso de incorporación para tener aplicabilidad en el orden jurídico interno<sup>992</sup>. Sin embargo, si se aceptara esta conclusión, ella tiene –al menos en el plano teórico– la importancia de exigir una más prolija práctica en las fórmulas promulgatorias de estos instrumentos internacionales, que en el último tiempo son tautológicas o incompletas por limitarse a ordenar que el tratado se cumpla, sin indicar cómo ello debe hacerse<sup>993</sup>. Distinto ocurre cuando este instrumento incorpora expresamente en su texto el derecho internacional general o consuetudinario, caso en el que tales disposiciones tienen aplicación prevalente en el orden jurídico interno. Aquí también hemos de señalar que los Estados gozan de un margen de aplicación. En tales casos, la jurisprudencia interpretativa adquiere relevancia al momento de determinar el contenido de este derecho.

Bustos ha entendido como un hecho indubitado que la costumbre internacional y los principios generales del derecho forman parte de la legislación interna chilena, porque la doctrina y la jurisprudencia chilena ha reconocido su incorporación automática y global<sup>994</sup>. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República de Chile (en lo sucesivo, CS) ha concluido que el derecho consuetudinario internacional se incorpora directamente al ordenamiento jurídico chileno en forma automática, debiendo asumirse las obligaciones jurídicas que este determina. Así, el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, siendo inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes<sup>995</sup>.

También, la CS ha asumido la incorporación directa e inmediata del *ius cogens*<sup>996</sup>, lo que deja esclarecida la posición respecto de la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario en el derecho interno. Gaete señala que la teoría de la incorporación en este ámbito se entiende limitada debido a que estos instrumentos internacionales requieren un acto expreso de recepción, lo que se aplica a las convenciones y tratados internacionales incluso en el caso del inciso 2 del referido artículo 5 CPR, al referirse a los *tratados internacionales ratificados por Chile* y que se encuentre vigentes<sup>997</sup>.

---

<sup>990</sup> GAETE (1996) p. 266.

<sup>991</sup> DÍAZ (2011) pp. 78-82.

<sup>992</sup> BENADAVA (1992) pp. 18-20.

<sup>993</sup> ALDUNATE (2010) p. 198.

<sup>994</sup> BUSTOS (1984) p. 526.

<sup>995</sup> CS, *Contra Pinto Pérez* (2007, rol n° 3125-04) considerando 36°.

<sup>996</sup> A partir de diciembre de 2006, véase CS, *Contra Molco* (2006, rol n° 559-04). También véase, CS, *Contra Pinto Pérez* (2007, rol n° 3125-04) considerandos 31°-32°; CS, *Contra Eusebio Huanca Rocha* (2013, rol n° 9031-2013) considerando 12°.

<sup>997</sup> GAETE (1996) p. 266.

El problema básico surge si se presenta una obligación internacional que resulta en contradicción con una norma interna, presentando problemas de jerarquía normativa y la consecuente aplicación con preferencia de una y desplazamiento o no aplicación de la de menor jerarquía. Este es un tema que en Chile no está resuelto de forma indubitada. Pero ello no debiera ser un problema tal si se recuerda que Chile ha ratificado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, impidiendo con ello cualquier duda que pueda surgir en relación con las acciones unilaterales de los Estados y su cumplimiento de buena fe de los pactos contraídos en el ámbito internacional. Además, el inciso 5° del artículo 54 N° 1 de la CPR expresa que “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional”. No significa esto que el legislador este siempre imposibilitado de derogar, enmendar o suprimir una norma internacional que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico nacional, sino que exige que el Estado chileno previamente negocie dichas obligaciones internacionales o bien se retire o denuncie el tratado, siempre siguiendo lo pactado por los celebrantes dada su naturaleza convencional<sup>998</sup>. Esta solución permite evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por un acto posterior a la aprobación del referido instrumento.

Sobre la ubicación de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico chileno –incluyendo los que versan sobre derechos humanos– nada ha señalado expresamente la CPR<sup>999</sup>. Este texto normativo es el que debe decidir la jerarquía de tales instrumentos internacionales, sea legal o suprallegal. Incluso la CPR podría disponer resignar o compartir su primer escalón jerárquico con aquellos<sup>1000</sup>. Sin embargo, son varias las posiciones adoptadas sobre este particular por la doctrina. El Tribunal Constitucional de Chile (en lo sucesivo, TCCh) ha sostenido que éstos tratados son simples leyes con rango legal y así lo sostienen algunos autores<sup>1001</sup>. Esta posición implica que, en caso de conflictos, tendrá

---

<sup>998</sup> RIBERA (2007) p. 519.

<sup>999</sup> NÚÑEZ (2009) p. 510.

<sup>1000</sup> HENRÍQUEZ (2008) p. 113.

<sup>1001</sup> TCCh: *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998* (2000, rol n° 346-2002) considerando 31; *Proyecto que modifica la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional* (2009, rol n° 1288-2009); *Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21* (2013, roles acumulados n° 2387-2012 y 2388-2012); SILVA (2003) p. 124; Cfr. BENADAVA (1992) pp. 26 y ss.; BERTELSEN (1996) p. 220; MOHOR y FIAMMA (1994) p. 115; RIBERA (2007) p. 522, entre otros. Por su parte, respecto de la evolución de la jurisprudencia referida a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, Henríquez distingue diversas etapas. En una de ellas, en relación con la ley de amnistía, a partir de 1996 la Corte Suprema reconoce igual jerarquía a los tratados que a las leyes, resolviendo el conflicto entre los tratados y la ley de amnistía por el criterio de la temporalidad. Sin embargo, a partir de 1998 reconoce que los tratados de derechos humanos son jerárquicamente superiores a las leyes comunes, pero jerárquicamente inferiores a las leyes de orden público, aunque al abandonar después este criterio claramente la decisión de los tribunales en este sentido señala el reconocimiento de una mayor jerarquía de los tratados sobre la legislación interna, cfr. HENRÍQUEZ (2008) pp. 96, 100.

preeminencia la CPR por encima de aquel<sup>1002</sup>. Para otros autores<sup>1003</sup>, los tratados forman parte del ordenamiento jurídico chileno con un lugar preeminente en su estructura normativa. Por ende, en caso de conflictos dicho tratado debe prevalecer por sobre leyes de jerarquía inferior a la norma fundamental, pudiendo ser modificado solo según normas especiales propias del derecho internacional público<sup>1004</sup>. Otros autores aseveran que los tratados tienen rango igual al texto constitucional<sup>1005</sup>.

Los tribunales chilenos son los llamados a interpretar por sí mismos los tratados internacionales que son relevantes para solucionar los casos que se les han planteado, recurriendo a las normas del derecho internacional sobre interpretación derivadas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>1006</sup>. Por ello, estos conflictos requieren soluciones que escapan a la concepción clásica –en la que se visualiza el ordenamiento jurídico sólo como una pirámide– pero nunca pueden conducir a un resultado lesivo de los derechos fundamentales<sup>1007</sup>. Por el contrario, una necesaria consecuencia de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional, es que todos los órganos del Estado están obligados a actuar en conformidad al mandato de dichas normas a través de tres obligaciones principales: la obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre y, por último, el respeto del principio de igualdad y no discriminación respecto de cada derecho.<sup>1008</sup>

No obstante, el examen de la situación de los tratados en el ordenamiento interno chileno debe considerar simultáneamente las enseñanzas de las disciplinas del derecho constitucional y del derecho internacional con el fin de integrar enfoques armónicos<sup>1009</sup>. En estos casos, la fuente interna y la internacional se retroalimentan, por lo que los egoísmos interpretativos no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos<sup>1010</sup>. No existe en esencia una relación de jerarquía entre la ley y el tratado, sino más bien una distribución de competencias<sup>1011</sup>, una relación de

<sup>1002</sup> Cfr. MOHOR y FIAMMA (1994) p. 119; RIBERA (2007) p. 522.

<sup>1003</sup> TAPIA (2003) p. 352.

<sup>1004</sup> NASH (2012) pp. 18 y 19.

<sup>1005</sup> NASH (2012); CUMPLIDO (1996).

<sup>1006</sup> Al respecto, la CorteIDH ha sostenido que la Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, CorteIDH, *Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México* (2009, serie C n° 205) párr. 33. Véase, BENADAVA (1992) p. 164. Completos estudios en este campo se pueden encontrar en: ABRAMOVICH y COURTIS (2004); NOWAK (2003).

<sup>1007</sup> Al respecto NASH (2010) p. 190, propone un esquema de solución de conflictos entre normas de rango constitucional en el que debe preferirse aquella norma que de mejor manera garantice los derechos humanos.

<sup>1008</sup> NASH (2012) p. 33.

<sup>1009</sup> INFANTE (1996) p. 297.

<sup>1010</sup> BIDART (1994) pp. 30-31.

<sup>1011</sup> MOHOR y FIAMMA (1994) p. 115.

complementariedad<sup>1012</sup>. Aquí el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos<sup>1013</sup>. De aquí que pueda sostenerse que el juez chileno no carece de argumentos para dar aplicación preferente a la normativa internacional<sup>1014</sup> y en este sentido, por lo menos las sentencias del TCCh, han reconocido de alguna manera su jerarquía constitucional al utilizarlos para resolver cuestiones de inaplicabilidad<sup>1015</sup>. Si un tribunal chileno aplica una ley interna contraria a las obligaciones que impone a Chile un tratado internacional, podrá configurar un acto ilícito internacional sujeto a responsabilidad, la que no puede ser eludida alegando que la norma aplicada tiene rango constitucional y que esta prevalece en el orden interno<sup>1016</sup>. La CS también ha precisado que los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica<sup>1017</sup>.

Los derechos humanos son reconocidos por la CPR como limitantes de la soberanía estatal, pero no toda facultad propia de la persona humana sino solo las fundamentales<sup>1018</sup>. Si admitimos que no es el tratado, como fuente formal de derecho, sino las normas en ellos contenidas las que aseguran o reconocen derechos esenciales, humanos o fundamentales, la determinación de su jerarquía pasa por una previa decantación del contenido o núcleo esencial de aquel derecho<sup>1019</sup>. La CPR incorpora los tratados como límites a la soberanía según el art. 5° de la CPR, por lo que, el poder constituyente derivado, el legislador, y el presidente de la República y el Congreso Nacional al suscribir y ratificar estos instrumentos internacionales, no puede suprimir los derechos humanos garantizados, ni menoscabarlos<sup>1020</sup>. De conformidad con el artículo 6 de la CPR, todos los órganos del Estado deben actuar conforme a la CPR. Ello conlleva la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos tanto en la misma Carta Fundamental, como en tratados internacionales ratificados por Chile, decantándonos por la vertiente *pro homine* en caso de conflictos normativos. Pese al reconocimiento que hace el artículo 5 de la CPR, aún existen muchos vacíos legales en cuanto a los mecanismos de incorporación de tales instrumentos internacionales dentro del ordenamiento interno chileno. Y estos vacíos constitucionales crean –en la práctica– una situación incierta<sup>1021</sup>.

## 2. El bloque de constitucionalidad chileno para la protección de los derechos de los migrantes.

La noción de *bloque constitucional* –con el objeto de servir como *baremo de constitucionalidad*– se trata de un desarrollo dogmático que también puede ser aplicado al Estado chileno<sup>1022</sup>. En Chile, aunque es un tema discutido a nivel doctrinario, es posible

<sup>1012</sup> CANÇADO (2001) p. 273.

<sup>1013</sup> NASH (2012) p. 14.

<sup>1014</sup> NÚÑEZ (2008) p. 356.

<sup>1015</sup> BECA (2014b) p.26.

<sup>1016</sup> BENADAVA (1992) p. 58.

<sup>1017</sup> CS, *Contra Basclay Zapata y Enrique Romo Mena* (2006, rol n° 3452-2006) considerando 66°.

<sup>1018</sup> BERTELSEN (1996) p. 216.

<sup>1019</sup> PFEFFER (2003) p. 470.

<sup>1020</sup> CUMPLIDO (2003) p. 367.

<sup>1021</sup> DÍAZ (2011) pp. 76-77.

<sup>1022</sup> NASH (2012) p. 44.

afirmar la existencia de un bloque constitucional de derechos humanos<sup>1023</sup>, enfocado desde la perspectiva de la dignidad humana<sup>1024</sup> con base al artículo 1 y el inciso 2º, artículo 5º de la CPR<sup>1025</sup>. Estos preceptos se traducen en un pronunciamiento respecto de la dignidad ontológica del ser humano, al considerar que la persona goza de una especial respetabilidad por el hecho de ser humana y por ser el sujeto del ordenamiento jurídico<sup>1026</sup>. Por ende, es una cualidad del ser humano, base sobre la cual son proclamados los derechos y deberes innatos del hombre inherentes a la dignidad y cuyo quebrantamiento implica una lesión de estos derechos en su esencia<sup>1027</sup>. Esta perspectiva permite afirmar a la dignidad humana como el valor supremo y como principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional chileno<sup>1028</sup>.

La dignidad humana es un valor reconocido por la CPR, entendida como un rasgo que los distingue y desde el que surgen los derechos inalienables que es forzoso reconocerles<sup>1029</sup>. La CS ha señalado que “...en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos”<sup>1030</sup>.

El bloque constitucional de derechos fundamentales constituye un conjunto unificado sustantivo o material de atributos y garantías, al cual la misma CPR 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. En base a ello, todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades estatales deben conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque de derechos; el cual viene conformado por los derechos asegurados directamente tanto por la CPR como por el derecho convencional internacional ratificado y vigente, junto al derecho consuetudinario internacional y los principios de *ius cogens*<sup>1031</sup>.

<sup>1023</sup> NOGUEIRA (2015) p. 311.

<sup>1024</sup> Esta posición tiene una sólida acogida en la sentencia del TCCh, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos* (2003, rol n° 389-2003) considerando 17º.

<sup>1025</sup> Esta posición tiene una sólida acogida en la sentencia del TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 - introducido por la Ley N° 20.015-, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud* (2009, rol n° 1218-08) considerando 18ª.

<sup>1026</sup> VIVANCO (2014) p. 244.

<sup>1027</sup> CEA (2012) p. 42. También véase, SARLET (2009) p. 67.

<sup>1028</sup> Así lo ha afirmado también el TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerando 23º. La dignidad establece una premisa *antropológica-cultural* que incorpora como regla jurídica (NOGUEIRA (2015) p. 304). La eminente dignidad del hombre exige que se respete su legítima esfera de autonomía e independencia y que no se le convierta en un instrumento víctima de objetivos ajenos a la verdadera esencia de su vida (HÜBNER (1973) p. 19)

<sup>1029</sup> FERNÁNDEZ (2016) p. 30.

<sup>1030</sup> CS, *Contra Pobleto Cordova* (1998, rol n° 469-98) considerando 4º; TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerando 35º. También véase, CS, *Contra Molco* (2006, rol n° 559-04) considerando 22.

<sup>1031</sup> NOGUEIRA (2015) pp. 313-315.

Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional<sup>1032</sup>, lo que se observa en la CPR. En el capítulo III se encuentran los valores, principios y normas básicas y supremas en que se proclaman los derechos y deberes, además de las acciones y recursos para protegerlos y lograr que sean eficaces<sup>1033</sup>. El artículo 19, inciso 1 de la CPR comienza afirmando lo que la Constitución *asegura* a todas las personas, pero su enunciación no es taxativa<sup>1034</sup>, sino que todos los derechos del hombre están cautelados por el referido texto constitucional, sea que figuren o no en él<sup>1035</sup>. Esta norma los reconoce por ser anteriores y superiores al poder constituyente, dado que el ser humano es ontológica y cronológicamente precedente a la sociedad política o Estado<sup>1036</sup>. El hecho de que no se incluyan en una carta fundamental no implica que carezcan de fuerza jurídica<sup>1037</sup>. Además, el concepto de persona invocado en el referido precepto constitucional es de una naturaleza amplia que alude a todo individuo de la especie humana y no se limita al concepto de ‘persona’ empleado en el ámbito del derecho civil<sup>1038</sup>.

Para garantizar los derechos fundamentales contenidos en el bloque constitucional, existen diversos procedimientos legales. Entre las cartas políticas chilenas, la CPR es la que más acciones de protección prevé y cuyo catálogo de garantías es el más completo tanto en cantidad como en complejidad debido a la incorporación de derechos con una conceptualización nueva, así como ciertas garantías<sup>1039</sup>. La CPR regula algunas acciones que pueden ser interpuestas en los tribunales de justicia competentes: La *acción de protección* (artículo 20 CPR), la *acción de amparo* (artículo 21 CPR), la *acción de reclamación por pérdida de nacionalidad* (artículo 21 CPR), la *acción de indemnización por error judicial* (artículo 19 N° 7 letra i) CPR), la *acción de amparo económico* (artículo 19 N° 21 inciso 2 CPR) y la *acción del Estado en actividades empresariales* (artículos 6 y 19 N° 21 CPR)<sup>1040</sup>.

---

<sup>1032</sup> UPRIMNY (2006) p. 31.

<sup>1033</sup> CEA (2012) p. 41.

<sup>1034</sup> CEA (2012) p. 52.

<sup>1035</sup> VIVANCO (2014) p. 239.

<sup>1036</sup> CEA (2012) p. 60.

<sup>1037</sup> SILVA (1997) pp. 136, 137. Los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en Chile dejaron constancia en la Actas de esta circunstancia al asegurar que “cuando en la Constitución se dice que ‘asegura’ a alguien un derecho, es que le da la seguridad que va a alcanzar ese derecho. La expresión ‘asegura’ lleva implícito, de alguna manera, el que las prestaciones que dependen de la comunidad, no del Estado, para asegurar la vigencia de ciertos derechos, existe en la medida en que sea posible hacerlo”, Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 87, p. 6, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1038</sup> VIVANCO (2014) p. 241

<sup>1039</sup> VIVANCO (2014) pp. 235, 238.

<sup>1040</sup> No obstante que el texto constitucional chileno emplea la denominación de *recurso de amparo* o *recurso de protección*, hemos de recordar que, en líneas generales, el recurso judicial ha sido entendido como un acto jurídico procesal mediante el cual se impugna una resolución judicial en un proceso existente, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación –véase, MATURANA (2015) p. 103- por tanto, su verdadera naturaleza jurídica es de acción, pues v.g. siguiendo la perspectiva de Echandia, entendiendo que la acción da inicio a un nuevo procedimiento jurisdiccional (ECHANDIA (1985) p. 558). Otros autores también emplean este vocablo de *acción* en vez de *recurso*: Se trata de una *acción* procesal instaurada por la Constitución, de carácter informal y sumarísimo (RÍOS (2007) p. 38). Estas son *acciones* que asisten al agraviado para que este pueda recurrir ante la jurisdicción a fin de que esta le proteja contra la restricción de su libertad (SOTO (1982) p. 454). Para más información sobre estas acciones en Chile, véase FERRADA (2004),



La *acción constitucional de amparo* –también denominado *recurso de amparo* o *habeas corpus*– se erige como un medio de defensa ejecutable cuando los derechos a la libertad personal o la seguridad individual contenidos en el artículo 19.7 letra a) de la CPR se vean limitados, perturbados o amenazados. Ha sido prevista para defender y custodiar la libertad ambulatoria, preventivamente o *ex post*, en su doble vertiente de la libertad personal y la seguridad individual<sup>1041</sup>. La CorteIDH ha señalado que el *habeas corpus* es un medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona<sup>1042</sup>, pues tiene como finalidad prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida<sup>1043</sup>. Por su parte, la *acción constitucional de protección* es otro mecanismo de protección que corresponde a una denominación muy propia de Chile, regulada en el artículo 20 de la CPR. Está destinado a cautelar los derechos taxativamente allí mencionados ante amenazas y *ex post*<sup>1044</sup>. En Chile existe una confusión terminológica, en la medida en que la *acción de amparo* en realidad constituye un *habeas corpus* por tener como propósito la protección de la libertad personal, mientras que el genuino amparo se denomina *acción de protección*<sup>1045</sup>.

A continuación, revisamos los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile y las normas constitucionales aplicables a los derechos de las personas migrantes que son foco de nuestro análisis, esto es el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar; y, el resguardo del derecho al debido proceso.

## 2.1. Sobre los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

En el presente apartado no se pretende indagar sobre el contenido específico de todos los tratados internacionales y sus implicaciones en lo relativo a la protección que estos brindan a los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Ello se abordó al inicio de la presente investigación, en la sección introductoria. En este acápite se presentará de forma sucinta una compilación de los tratados y demás instrumentos internacionales que ha suscrito Chile en *pro* de la defensa de los derechos humanos, cuya aplicación se hace extensiva a los migrantes en lo relativo a la detención administrativa y expulsión (ver Tabla N° 25).

También se atenderá a la interpretación y recomendaciones para la incorporación de estos instrumentos internacionales que han sido expuestas por los organismos internacionales –respecto del deber de resguardo de estos derechos atendiendo a la realidad chilena–, mediante las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos y los informes de relatores de la ONU emitidos en la materia. Así, configuramos un marco de referencia en

---

GÓMEZ (2005), NOGUEIRA (2006), NOGUEIRA (2008) pp. 265-330, OLAVE (1998), SOTO KLOSS (1982b), ZÚÑIGA (2007).

<sup>1041</sup> CEA (2012) p. 64.

<sup>1042</sup> Corte IDH, OC-8/87, párr.42; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (1988, serie C n° 4) párrs.155 y 179; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras* (1989, serie C n° 5) párr.163; Corte IDH, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador* (1997, serie C, n° 35) párr.63; Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras* (2003, serie C n° 99) párr. 70 y 85; Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú* (2006, serie C n° 162) párr.112; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, Vs. Perú* (1997, serie C n° 33) párr. 46 c y 52; Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez Vs. Ecuador* (2007, serie C n° 170) párr.129.

<sup>1043</sup> Corte IDH, *Caso Castillo Páez Vs. Perú* (1997, serie C n° 34) párr.83

<sup>1044</sup> CEA (2012) p. 64.

<sup>1045</sup> FERRER (2006) p. 183.

cuanto a la forma como estos órganos internacionales observan la protección que brinda Chile al respecto y sus recomendaciones.

En lo que atañe a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y a la expulsión, Chile ha suscrito una serie de instrumentos internacionales en el ámbito universal y en el ámbito americano regional. Estos se reflejan en la Tabla N° 25, incluyendo su estado de ratificación actual<sup>1046</sup>.

**TABLA N° 25.**  
**Instrumentos internacionales atinentes a la protección de los inmigrantes y su estado de ratificación en Chile.**

<b>Instrumento Internacional</b>	<b>Estado actual</b>
DUDH	Proclamada por la AG de UN 10/12/1948
PIDCP	Firmado el 16/09/1969; Ratificado 10/02/1972
PIDESC	Firmado el 16/09/1969; Ratificado 10/02/1972
CIEDR	Firmado el 03/10/1966; Ratificado 20/10/1971
CETFDCM	Firmado el 17/07/1980; Ratificado 07/12/1989
CCT	Firmado el 23/09/1987; Ratificado 30/09/1988
CDN	Firmado el 26/01/1990; Ratificado 13/08/1990
CTMF	Firmado el 24/09/1993; Ratificado 21/03/2005
DADH	Aprobada por la OEA en 11/1948.
CADH	Firmado el 22/11/1969; Ratificado 10/08/1990
CIPST	Firmado el 24/09/1987; Ratificado 15/09/1988
Convención de Belem do Para.	Firmado el 17/10/1994; Ratificado 24/10/1996
Convención Antidiscriminación.	Firmado el 22/10/2015; Aún no ha ratificado
Convención Antirracismo.	Firmado el 22/10/2015; Aún no ha ratificado.

Se ha instado a Chile a la creación de un mecanismo para el seguimiento de las recomendaciones hechas por los organismos internacionales de derechos humanos<sup>1047</sup>. Por ello, se conformó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en lo sucesivo, INDH). Sin embargo, el INDH aun presenta ciertas deficiencias en lo tocante a su funcionamiento, pues no cuenta con los recursos suficientes para desempeñar de manera efectiva su mandato<sup>1048</sup>, ni está acreditado aun ante el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones

<sup>1046</sup> Para más información respecto de los instrumentos celebrados en el ámbito universal, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, disponible en: <[https://treaties.un.org/Pages/AdvanceSearch.aspx?tab=UNTS&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/AdvanceSearch.aspx?tab=UNTS&clang=_en)>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Y, para más información respecto de los instrumentos del plano regional, véase sitio web oficial de ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, disponible en: <[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1047</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales CHILE*, parr. 31, disponible en: <<http://undocs.org/es/E/C.12/1/Add.105>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1048</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, parr. 9, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos<sup>1049</sup>. Estos aspectos resultan de vital importancia en la promoción y protección de todos los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. No olvidemos que la obligación de promoción se traduce en la promoción de condiciones de acceso para los titulares del derecho. Por ello, se echa de menos un seguimiento respecto del cumplimiento de los *Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*. Ello aseguraría el cumplimiento de los deberes que son propios de este instituto con la promoción de prácticas nacionales que armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte.

Asimismo, en el 2009 se había señalado que en el derecho interno chileno no existía aún una definición de discriminación racial conforme con el artículo 1 de la CIERD y, por ende, los derechos económicos y sociales de los migrantes no estaban plenamente garantizados<sup>1050</sup>. También se ha señalado que, en ocasiones, los migrantes han sido víctimas de discriminación mediante episodios y actos violentos por parte de *grupos totalitarios*<sup>1051</sup>. Por ello, el Estado chileno promulgó la ley de antidiscriminación o Ley N° 20.609<sup>1052</sup>. Sin embargo, la aludida ley aun presenta fallas respecto de la *discriminación arbitraria*<sup>1053</sup> y otras que contradicen el artículo 4 de la CIEDR<sup>1054</sup>. Esto resulta de interés en el contexto proteccionista de los demás derechos humanos. Sobre todo, si entendemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia constituyen graves violaciones y obstáculos al disfrute pleno de estos, como lo afirma la Declaración y el Programa de Acción de Durban, adoptada en septiembre de 2001<sup>1055</sup>.

Una revisión –respecto de la incorporación efectuada por el Estado chileno– del contenido de los instrumentos internacionales dentro de su legislación interna, así como la

---

<sup>1049</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Chile*, párr. 13, disponible en:

<[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW/C/CHL/CO/1&Lang=En](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW/C/CHL/CO/1&Lang=En)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1050</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CHILE*, párr. 12, 17, 18, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FCO%2F15-18&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FCO%2F15-18&Lang=es)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1051</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CHILE*, párrs. 12, 17, 18, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FCO%2F15-18&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FCO%2F15-18&Lang=es)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1052</sup> Ley n° 20.609, de 2012.

<sup>1053</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CERD/C/CHL/CO/19-21, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile*, párr. 9, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1054</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CERD/C/CHL/CO/19-21, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile*, párrs. 10 y 18, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1055</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, disponible en: <<https://undocs.org/es/A/CONF.189/12>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

implementación de los compromisos adquiridos bajo dichos instrumentos nos muestra las realidades que se describen a continuación.

### 2.1.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

La integridad personal es el bien jurídico cuya protección se pretende en la configuración del fin y objetivo de la prohibición de tortura o de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>1056</sup>. Ello se traduce en una obligación *erga omnes* –hacia los Estados parte de la CADH– respecto de penas corporales. Sus orígenes más lejanos se remontan en los suplicios de esclavos según Foucault<sup>1057</sup>, como una respuesta a situaciones concretas tras su menoscabo en el estado absoluto y en el contexto de las guerras de religión que desemboca en el siglo XVI a la ruptura de la unidad religiosa<sup>1058</sup>.

Amén del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por Chile tras la ratificación de la CIPST, un aspecto positivo lo constituye el hecho de haber promulgado en 2016 la Ley N° 20.968<sup>1059</sup>. No obstante, la nueva tipificación del delito de tortura introducida por la citada ley no contempla todas las conductas relativas a la noción de tortura especificadas en los instrumentos internacionales que rigen sobre la materia. Tampoco se hace referencia a los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero y, adicionalmente, establece penas que no son adecuadas a la gravedad del delito. Por esta razón, el CAT ha instado a Chile a adoptar las medidas respectivas para corregir esas falencias<sup>1060</sup>. No obstante, el actual proyecto de ley también puede ocasionar problemas de interpretación y falta de certeza jurídica<sup>1061</sup>.

Aunque Chile ratificó el OPCAT en 2008, aún no cuenta con un mecanismo nacional de prevención. Empero, cuenta con un proyecto de ley que designa al INDH como mecanismo nacional de prevención de la tortura<sup>1062</sup>. En 2016 el SPT había instado a Chile a la conformación de este mecanismo<sup>1063</sup>. También se ha acusado una preocupación

<sup>1056</sup> O'DONNELL (2004) p. 170.

<sup>1057</sup> FOUCAULT (1975) p. 45.

<sup>1058</sup> PECES-BARBA (1989) p. 268 y ss.

<sup>1059</sup> Ley N° 20.968, de 2016; Ley N° 20.357, de 2009; Ley N° 20.405, de 2009; Ley N° 20.480, de 2010; Ley N° 21.013, de 2017; Ley N° 21.030, de 2017; Ley N° 21.067, de 2018; Ley N° 21.090, de 2018; Ley N° 20.885, de 2015.

<sup>1060</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 10 y 11, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVFkXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1061</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/OP/CHL/1, Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, parr. 22 y 23, disponible en: <<https://undocs.org/es/CAT/OP/CHL/1>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1062</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Boletín Legislativo 11245-17, Designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, disponible en: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11755&prmBoletin=11245-17](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11755&prmBoletin=11245-17)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1063</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 17, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2>>

permanente por los temas de tortura, enfocándose en la necesidad de avanzar en la institucionalización de mecanismos de prevención, de sanción penal y de denuncia de casos, en particular los sufridos por la población más vulnerable<sup>1064</sup>. Se ha puntualizado en la necesidad de garantizar la autonomía funcional del mecanismo nacional de prevención<sup>1065</sup>, exhortando a Chile a garantizar la investigación pronta- y a través de un órgano imparcial- de todas las denuncias de tortura o malos tratos<sup>1066</sup>. El cumplimiento de tales requerimientos permitiría asegurar cada vez más el alcance de los propósitos proteccionistas perseguidos con la configuración de los instrumentos internacionales erigidos en la materia.

En el ámbito migratorio, el CAT también se ha pronunciado –en su reciente informe– respecto de las medidas legislativas y de otra índole, recomendando velar por que ninguna persona pueda ser expulsada, devuelta o extraditada a otro Estado cuando existan razones

---

xlvvg2nAe1%2BVfkXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrl56vJClrcoJgE>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1064</sup> El Instituto Nacional de Derechos Humanos ha publicado un tercer informe en el que se observa establecimientos penitenciarios que mantienen población privada de libertad en régimen cerrado en Chile. Cada informe de Unidad Penal es un testimonio de las efectivas condiciones de privación de libertad. Este texto se enfoca a esferas propias del derecho a la integridad personal, las que resultan de especial interés en consideración a sus aspectos materiales e inmateriales, y a la esfera de protección internacional. Para más información, véase sitio web oficial del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017: Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Integridad Personal*, disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1180>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Este instituto también ha publicado varios informes respecto del Programa de derechos humanos y la función policial. El más reciente de estos informes ha sido publicado en el 2014. Para más información, véase sitio web oficial del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial 2014*, disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/844>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Muy vinculado al tema que aquí nos ocupa, vale la pena dar una mirada a otro informe de data más reciente, publicado por este organismo. A través de 6 capítulos, este informe pretende proveer información analizada desde una perspectiva de derechos humanos sobre la actuación de Carabineros y Policía de Investigaciones, con el fin de dar cuenta de avances y deficiencias en el uso de la fuerza pública y realizar recomendaciones que contribuyan a compatibilizar dicho actuar con la garantía y respeto de los derechos de las personas. Para más información, véase sitio web oficial del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público 2015*, disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1036>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Adicionalmente ha publicado el Informe relativo al Programa de Derechos Humanos y la Función Policial en el Desarrollo de Manifestaciones Estudiantiles. Para más información, véase sitio web oficial del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial en el Desarrollo de Manifestaciones Estudiantiles 2012*, disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/259>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1065</sup> Así lo ha señalado el SPT en su visita a Chile celebrada del 4 al 13 de abril de 2016 también emitió interesantes pronunciamientos sobre este tema. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/OP/CHL/1, Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, parr. 17, disponible en: <<https://undocs.org/es/CAT/OP/CHL/1>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1066</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 27, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvvg2nAe1%2BVfkXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrl56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

fundadas para creer que correría el riesgo personal y previsible de ser sometida a tortura<sup>1067</sup>. Recordemos que las normas de derecho internacional protegen también de manera específica a quienes buscan o solicitan asilo o refugio y, más en general, a las personas desplazadas en el ámbito internacional, debido a que son personas vulnerables<sup>1068</sup>. Por ello, en la medida en que el derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, el derecho interno deberá prever un procedimiento que permita determinar -caso por caso- la conformidad de una medida de devolución forzosa con el *principio de no devolución*<sup>1069</sup>.

Por su parte, se ha recomendado la aprobación de una nueva ley de migración que incluya mecanismos justos y eficientes de entrada, amparando a las personas necesitadas de protección internacional y dando acceso a procedimientos para determinar la condición de refugiado. Esta protección está asociada a la aplicación del principio de *no devolución*<sup>1070</sup>. Lógicamente debe entenderse que, dentro del riesgo de sufrir tortura también debe incluirse el riesgo a sufrir malos tratos en el territorio que recibe al expulsado. Esto se colige de la lectura de los diferentes instrumentos internacionales que rigen en la materia, en los cuales no se excluye este tipo de tratos –que por su gradación constituirían daños de menor gravedad– pero que no dejan de ser considerados como alteraciones del derecho a la integridad personal del individuo. Tales pronunciamientos resultan de interés en la protección del individuo respecto de los riesgos que implica su retorno o expulsión a territorios cuya legislación contiene disposiciones que le someterían a algún tipo de tortura o malos tratos, incurriendo con ello en la llamada *doble criminalización* del sujeto y finalmente, poniendo en riesgo su vida.

### 2.1.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

En el ámbito internacional se brinda protección amplia a la familia reconociendo la importancia de mantener su unidad y favorecer el desarrollo de la vida familiar. La reagrupación familiar<sup>1071</sup> aparece como un mecanismo fundamental para permitir el goce de la vida en familia respecto de los migrantes, ámbito en el que también adquiere relevancia el resguardo de los derechos de los niños. Si bien este mecanismo no se encuentra consagrado de forma expresa en los instrumentos internacionales, un ejemplo de su regulación *vedada* se observa en el artículo 9.1 de la CDN, relativa al derecho de los niños a no ser separados de sus padres.

Es variada la lista de instrumentos internacionales ratificados por Chile en relación con la protección del derecho a la vida privada y familiar (véase tabla N° 25), lo que a su vez

<sup>1067</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, 28 agosto 2018, parr. 42, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVFkXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrlL56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1068</sup> GALINDO (2009) p. 98.

<sup>1069</sup> PÉREZ (2012) p. 9.

<sup>1070</sup> MARIÑO (2005) p. 409.

<sup>1071</sup> Según el cual se pretende la reunión del inmigrante con sus familiares en el Estado que recibe, véase, EZQUERRA (1997) p. 179, GOIG (2004) p. 251. El derecho a la reagrupación familiar se podría deducir de la protección de la familia y de la vida en familia, que puede quedar afectada si no se permite la reagrupación, pero no respecto del derecho a la intimidad familiar, puesto que la prohibición de injerencias en la intimidad familiar protege la privacidad de las relaciones familiares, pero no las relaciones en sí mismas consideradas (GOIG (2004) p. 245).

se traduce en el necesario cumplimiento de otros compromisos internacionales que han sido adquiridos por el Estado chileno. Aunque Chile ha ratificado la *Convención de Belém do Pará*, aún no ha ratificado su Protocolo Facultativo. Aunque se ha preparado un proyecto de ley<sup>1072</sup> para brindar protección a la mujer contra la discriminación, su tramitación ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado data del año 2001. La ratificación de este protocolo resulta de suma prioridad para facilitar el pleno goce de los derechos garantizados en la referida convención<sup>1073</sup>. Ello al hacer posible el conocimiento de casos individuales ante el CEDAW por reconocer su competencia<sup>1074</sup>, dotando de coherencia a la política internacional chilena en relación con los derechos humanos. No se deberían ahorrar esfuerzos en el fortalecimiento del marco legal interno e internacional, para así ser coherente con las funciones del Estado y el cumplimiento de las obligaciones previamente adquiridas. Por ende, la no ratificación no solo retrasa, sino que incluso impide la vigencia de un mecanismo internacional, que podría ser una herramienta importante para las mujeres en condiciones de discriminación por diferentes motivos, incluyendo a las mujeres migrantes.

Otra falencia está asociada con la Ley de Antidiscriminación<sup>1075</sup> chilena. Esta tiene un ámbito de aplicación limitado, sin incluir una definición amplia de la discriminación contra la mujer, lo que se ha traducido en bajas tasas de enjuiciamiento y aumento de la discriminación<sup>1076</sup>. También se ha acusado la persistente discriminación contra migrantes y solicitantes de asilo y refugiados -entre otros grupos- también vulnerados por esta discriminación<sup>1077</sup>. Por ello, se ha recomendado adoptar una estrategia integral que aborde las formas concomitantes de discriminación contra las mujeres, incluidas las mujeres migrantes<sup>1078</sup>. Asimismo, se ha urgido en la aprobación del proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Boletín N° 11077-07), que ha estado pendiente

---

<sup>1072</sup> Para más información, véase sitio web oficial del SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Boletín N° 2667-10*, disponible en: <[https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=2667-10](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=2667-10)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1073</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 11, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1074</sup> Téngase presente que, según este protocolo en su artículo 1, todo Estado parte reconoce la competencia del CEDAW para recibir y considerar las comunicaciones presentadas. Asimismo, el procedimiento de reclamaciones individuales del Comité de Derechos Humanos puede ser ejercido por particulares de los países que han ratificado el Protocolo Facultativo del PIDCP, previo agotamiento de la jurisdicción interna.

<sup>1075</sup> Ley n° 20.609, de 2012.

<sup>1076</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 12, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1077</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *E/C.12/CHL/CO/4, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, párr. 12, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1078</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 21, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

en la Cámara de Diputados desde 2016<sup>1079</sup>. Por su parte, se han atacado las fallas respecto del presupuesto asignado para la aplicación de la Ley núm. 20.507, sobre la trata de personas, incluidos los migrantes –que resulta escaso– así como la insuficiencia de las medidas de asistencia, rehabilitación y reintegración para las víctimas, especialmente en el caso de las mujeres migrantes<sup>1080</sup>.

Es oportuno señalar como un avance positivo la concesión de visados temporales a niños y adolescentes en el marco del programa *Chile Te Recibe*, independientemente de la situación migratoria de sus progenitores; junto al programa *Chile reconoce*, que ha otorgado nacionalidad chilena a los hijos de los extranjeros no residentes<sup>1081</sup>. No obstante, la condición de irregularidad se ha convertido en una característica estructural de los flujos migratorios actuales<sup>1082</sup>, fenómeno que también se observa en Chile, donde persiste la práctica de actitudes discriminatorias con respecto a los niños inmigrantes<sup>1083</sup>. Estas prácticas incluyen, entre otras: a) que no se permita inscribir el nacimiento de los niños nacidos en el territorio del Estado parte cuando sus progenitores son inmigrantes irregulares; b) la aplicación sistemática de la excepción al principio del *ius soli* en relación con los extranjeros en tránsito –específicamente a las mujeres migrantes en situación irregular–, independientemente de la duración de su estancia en el Estado parte; c) en los procedimientos administrativos no se tienen en cuenta las necesidades y los derechos específicos de los niños refugiados y solicitantes de asilo; d) la actual ley sobre la migración no hace referencia directa a los derechos y garantías de los niños y cuenta con procedimientos administrativos que siguen dificultando la inscripción de los nacimientos y el acceso a servicios educativos y de atención de la salud<sup>1084</sup>.

Por ello, se ha recomendado la ejecución de un plan integral de inclusión social de migrantes, mediante campañas de concienciación dirigidas a promover el respeto y la inclusión, así como la aprobación de una nueva legislación migratoria que haga referencia directa a los derechos y garantías de los niños<sup>1085</sup>. No podemos olvidar que en Chile la política

<sup>1079</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 25b, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1080</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 26 letras a y d y párr. 27 disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1081</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 33, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1082</sup> ZAMORA (2005) p. 54.

<sup>1083</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CRC/C/CHL/CO/4-5, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, párr. 24, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1084</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CRC/C/CHL/CO/4-5, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, párrs. 30, 32 y 75, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1085</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CRC/C/CHL/CO/4-5, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, párr. 78, disponible en:



migratoria ha estado motivada fuertemente por el componente económico<sup>1086</sup>. La actual legislación migratoria entiende como grupo familiar del trabajador migrante el o la cónyuge, y los padres e hijos de ambos o uno de ellos, a quienes se les permite residir en calidad de dependientes, pero no se les permite ejercer actividades remuneradas, lo cual impacta negativamente en las condiciones de vida del grupo familiar en su conjunto<sup>1087</sup>. Ello puede tener consecuencias en las relaciones de género, en la medida que impide la autonomía económica de las mujeres y refuerza su vulnerabilidad ante situaciones de violencia.

La desconfianza sobre los mecanismos de protección de derechos humanos está relacionada con su efectividad, debido a las grandes dificultades que se deben enfrentar para obligar coercitivamente a los Estados a cumplir las decisiones de los órganos internacionales que corresponden al sistema interamericano. Lo único planteado al respecto es que los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones de *bona fide*. A esto se adicionan las dificultades relativas a la falta de abordaje por los órganos del sistema de los problemas del modelo de desarrollo económico de América Latina<sup>1088</sup>, cuyo fracaso ha contribuido al éxodo masivo o migraciones sur-norte producto de las masivas violaciones de derechos humanos que enfrentan.

### 2.1.3. Del derecho al debido proceso.

Tras el despliegue de las visitas periódicas, se ha requerido que el Estado chileno adopte medidas eficaces para garantizar que todos los detenidos gocen, en la ley y en la práctica, de todas las salvaguardas fundamentales desde el inicio mismo de su privación de libertad. En particular: a) el derecho a ser asistidos sin demora por un abogado; b) a requerir y tener acceso inmediato a un médico independiente, aparte de cualquier examen médico que pueda realizarse a petición de las autoridades; c) a ser informados de las razones de su detención y de la naturaleza de los cargos que se les imputan en un idioma que comprendan; d) a que se registre su detención; e) a informar con prontitud de su detención a un familiar o a un tercero; y, f) a ser llevados ante un juez sin demora<sup>1089</sup>. Asimismo, se le ha recomendado que asegure a las personas sujetas a procesos de deportación el ejercicio efectivo de su derecho a ser oídos, y a contar con una representación adecuada y un plazo suficiente para

---

<[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1086</sup> STEFONI (2013) pp. 17-18.

<sup>1087</sup> Para más información, véase sitio web oficial del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2011: Situación de los derechos humanos en Chile*, disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/38>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1088</sup> Los efectos de las políticas implementadas en este ámbito en América Latina son plenamente verificables. El PNUD señaló que América Latina y el Caribe (ALC) es la región más desigual del mundo. En esta región la desigualdad no solo es alta, sino también muy persistente. Para más información, véase sitio web oficial de PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe Anual sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010*, disponible en: <<https://www.pe.undp.org/content/dam/peru/docs/Publicaciones%20pobreza/DesarrolloHumanoALyCaribe.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1089</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 12 y 13, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVFkXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

interponer recursos contra las decisiones de expulsión, ya que los plazos contenidos en la legislación vigente son muy breves.

También se ha instado a Chile para que adopte medidas legislativas y de otra índole necesarias a fin de: a) Revisar la legislación vigente en materia de migración y extranjería, a fin de ampliar el plazo para la presentación de recursos contra las decisiones de expulsión; b) Garantizar que todas las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción tengan acceso efectivo al procedimiento para determinar el estatuto de refugiado; d) Velar por que existan salvaguardias procesales contra la devolución y recursos efectivos con respecto a las devoluciones en los procedimientos de expulsión, incluido el examen por un órgano judicial independiente de las solicitudes rechazadas, en particular en la etapa de apelación<sup>1090</sup>.

Adicionalmente, se ha recomendado, la suspensión de ciertas prácticas discriminatorias, al garantizar la identificación adecuada de personas en necesidad de protección internacional, libre de discriminación racial. Lógicamente, tales prácticas conculcan lo preceptuado en los artículos 2 y 5 del CIERD, así como la Recomendación General N° 30 de 2004 sobre la discriminación contra los no ciudadanos. También se ha instado al Estado chileno a aprobar el proyecto de ley de migración, asegurándose que esta legislación incluya una base para la aplicación de mecanismos de entrada -con disposiciones de protección para las personas necesitadas de protección internacional que aseguren el acceso a procedimientos justos, eficientes y que tengan en cuenta el género. Para ello se deben adoptar medidas que eliminen la discriminación contra las mujeres migrantes<sup>1091</sup>.

## 2.2. Sobre la Constitución Política de la República de Chile.

Aunque en la CPR no se hace una mención manifiesta a la migración, de su contenido se deriva la garantía genérica de igualdad en el ejercicio de los derechos. El artículo 1° de la CPR establece que *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, y corresponde al Estado el asegurar el equilibrio de las condiciones en que se encuentran los sujetos. Según el artículo 5° inciso 2° de la CPR, la soberanía reconoce Estatal como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Y en esta misma línea, en el artículo 19, numeral 2 de la CPR, reconoce la igualdad ante la ley<sup>1092</sup>.

Sin embargo, la CPR realiza un tratamiento formal de la igualdad, ya que más que definirla señala los supuestos bajo los cuales se hace exigible. Esta se entiende como una obligación con las personas, como finalidad de la actividad administrativa del Estado, y, como principio aplicable a procedimientos y actos. Se trata de una igualdad en la ley que exige un tratamiento igual ante situaciones iguales o similares<sup>1093</sup>. La igualdad en la ley no

<sup>1090</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 42, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsKHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVfKXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1091</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, parr. 45, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1092</sup> El principio de la igualdad se hace patente en otros preceptos de la CPR: Artículo 1, incisos 1° y final; Artículo 19 n° 3, 20; artículo 21, incisos 2° y 22; Artículo 109, inciso final.

<sup>1093</sup> VIVANCO (2015) p. 306.

debe confundirse con *Isonomia* ante ella<sup>1094</sup>. Esta igualdad contiene la prohibición de establecer diferencias arbitrarias y sin que medie racionalidad alguna, implicando con ello una protección –ante el ordenamiento jurídico y ante la autoridad– para que una persona no se vea afectada por deferencias irracionales<sup>1095</sup>. Es así como se integran al derecho nacional las normas internacionales de derechos humanos respecto de las personas inmigrantes.

A nivel constitucional no se ha establecido diferencia alguna en la titularidad o el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los inmigrantes, sino que su legítimo ejercicio se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales<sup>1096</sup>. El poder constituyente compromete su palabra en favor de la certeza legítima en el goce de aquellos derechos de las personas que quedan sometidas al sistema normativo chileno, percibiéndose en ello un sentido territorial de la aplicación del ordenamiento constitucional.<sup>1097</sup> El TCCh ha reiterado que la CPR *no solo no discrimina contra los extranjeros sino que les reconoce tal título de derechos plenamente*<sup>1098</sup> y por lo tanto, las distinciones normativas sobre estos deben estar fundamentadas una vez que se ha autorizado su residencia<sup>1099</sup>. Esto constituye un aspecto positivo que la distingue por ser integradora, oponiéndose a la creación de categorías de ciudadanos, también denominados *denizens*<sup>1100</sup>, en las que la tendencial equiparación en derechos con los nacionales no alcanza a la clase de derechos que definen la práctica ciudadana<sup>1101</sup>.

Lo anterior no es óbice para el reconocimiento de uno de los principios generales del derecho internacional clásico, cual es la soberanía estatal, en base al cual cada Estado es el encargado de determinar en su derecho interno las condiciones bajo las cuales es autorizado el ingreso dentro de sus fronteras de quienes no posean el vínculo de nacionalidad<sup>1102</sup>. Como lo afirma Ágüelo, en la práctica, las fronteras internacionales, por su fácil porosidad, muchas veces aparecen como simples fronteras administrativas internas, pero no por ello resultan menos reales y, a veces, hasta inexpugnables, cuando los Estados deciden amurallarlas bajo la invocación de una supuesta *seguridad amenazada*<sup>1103</sup>.

Aunque el derecho internacional y los derechos nacionales han levantado progresivamente obstáculos a la posibilidad de establecer discriminaciones injustificadas sustentadas en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual, por señalar los casos más conocidos, la discriminación por nacionalidad es todavía lícita en todos los sistemas

---

<sup>1094</sup> CEA (2012) p. 128.

<sup>1095</sup> VIVANCO (2015) p. 309.

<sup>1096</sup> BASSA (2007) p. 23, ALDUNATE (2003) p. 189.

<sup>1097</sup> CEA EGAÑA (2012) p. 51.

<sup>1098</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012* (2012, rol n° 2273-12) considerando 29°.

<sup>1099</sup> Véase artículo 2, Ley n° 20.609, de 2012.

<sup>1100</sup> Este término fue empleado por la legislación de Inglaterra a inicios del siglo XVIII para hacer referencia a un estatus intermedio entre un ciudadano y un no ciudadano, un estatus que podía ser obtenido por un extranjero con base a la residencia en el país. En un reciente estudio, GROENENDIJK ha empleado este término para referirse al estatus de un extranjero ubicado en una posición intermedia, entre los *no ciudadanos privilegiados* y los *casi ciudadanos*. Véase, GROENENDIJK (2006) pp. 385, 386.

<sup>1101</sup> DE LUCAS (2006) p. 25.

<sup>1102</sup> DÍAZ (2016) p. 180.

<sup>1103</sup> AGUELO y GRANERO (2017) p. 64.

jurídicos<sup>1104</sup>. Y es que no es baladí, pues se trata de “...transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países”<sup>1105</sup>. En Chile, la CPR reconoce el derecho de todo extranjero a circular y residir en Chile, en su artículo 19 n°7, letra a<sup>1106</sup>. De este modo, el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración<sup>1107</sup>.

Este mandato genérico de regulación normativa no se trata de una libertad ilimitada ni absoluta, pues la CPR establece las condiciones que limitan esta libertad individual o de movilización, a saber, siempre que se respete lo que disponga la ley –en armonía con la norma fundamental– y que no se lesionen los derechos de terceros<sup>1108</sup>. Esto es justificable pues cada Estado es soberano para determinar las condiciones de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio, así como los derechos que le reconoce a los extranjeros que se encuentran en ese territorio<sup>1109</sup>. Empero, si los migrantes logran ingresar al país por los lugares habilitados al efecto –o incluso si entra de forma ilegal pero luego regulariza su condición– de inmediato han de reconocerse sus derechos a: a) residir y permanecer en el país, b) regularizar su situación migratoria y, c) un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos y con la propia CPR, imponiéndose en estos casos la lógica de la integración<sup>1110</sup>. A través de la regulación constitucional se promueve la inmigración, en el entendido de que la inmigración consiste en abandonar voluntariamente la propia cultura con la expectativa de integrarse en otra sociedad nacional<sup>1111</sup>. Por ello, nunca ha existido a nivel constitucional una dicotomía de derechos entre el extranjero y el chileno en relación con la residencia<sup>1112</sup>.

Pese a este reconocimiento de derechos por vía constitucional, en la práctica ello no es tan efectivo como la declaración normativa pretende<sup>1113</sup>. La redacción de la CPR está confeccionada de una forma tan amplia que permite extender su protección a los migrantes. Por ello, los parámetros de esta protección serán revisados a continuación.

---

<sup>1104</sup> ARLETAZZ (2014) p. 10.

<sup>1105</sup> FERRAJOLI (2002) p. 117.

<sup>1106</sup> Véase, artículo 19 de la CPR.

<sup>1107</sup> DÍAZ (2016) p. 187. *Cfr.* TCCh. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012 (2012, rol n° 2273-12) considerandos 30°, 35°-38°; TCCh. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la ciudadana haitiana Sonia Fortilus, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección Rol N° 6118-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en actual apelación para ante la Corte Suprema (2012, rol n° 2257-12) considerandos 24°, 29°-32° del voto separado de los ministros Srs. Vodanovic, Fernández, Carmona y García para acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto del inciso 1° del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.094.*

<sup>1108</sup> CEA (2012) p. 260.

<sup>1109</sup> ARLETAZZ (2014) p. 15.

<sup>1110</sup> DÍAZ (2016) p. 195.

<sup>1111</sup> AGUILERA (2012) p. 929.

<sup>1112</sup> DELLACASA ALDUNATE y HURTADO FERNÁNDEZ (2015) p. 15.

<sup>1113</sup> BASSA (2007) pp. 17 y 18.

### 2.2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

El carácter dinámico de la integridad personal posee muy profundas razones que remiten a los mismos fundamentos culturales y éticos de los ordenamientos jurídicos construidos en torno a los estándares del estado de derecho<sup>1114</sup>. Cuando se hace referencia la palabra *integridad* se habla de unidad del ser humano en sí<sup>1115</sup>. Respecto de la protección de la integridad personal suele hacerse referencia tanto a la integridad física como a la integridad psíquica de la persona. Respecto de esta última, en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se indicó que la expresión *integridad moral* no puede tener otro alcance que el de integridad física y espiritual, por lo que, si la integridad espiritual puede ser objeto de agresión, esta debe ser protegida de la misma forma que la integridad física o corporal<sup>1116</sup>.

En Chile, la protección de este derecho está asociada a la afirmación de la dignidad humana como la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano. Como afirmara Hoffman, nadie debe a otro su integridad personal y nadie está habilitado por el ordenamiento jurídico para privarle de ella<sup>1117</sup>. La integridad física hace referencia a la plenitud corporal del individuo; observándose una relación evidente del derecho a la integridad física con otro de los aspectos comprendidos en el artículo 19: la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Del derecho a la integridad personal surge el deber del Estado de promover la integridad física en cuanto al cuidado del cuerpo y salud del individuo<sup>1118</sup>. Esta prohibición está contemplada en la CPR en su artículo 19, inciso 1, en su parte final<sup>1119</sup>, al prohibir la aplicación de todo apremio ilegítimo. De ello se deduce que el individuo que comete este tipo de actos comete uno de los más graves atentados contra la dignidad humana y contra el ordenamiento institucional<sup>1120</sup>. Se trata de una prohibición que no admite excepciones, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias<sup>1121</sup>.

Por otra parte, aunque la CPR no regula expresamente el principio de *no devolución*, de su artículo 5° inciso 2° se desprende el deber que corresponde al Estado chileno de cumplir con este principio, dado que ello se encuentra recogido en los tratados suscritos (ver Tabla N° 25). Como lo asevera Cea, una vez más, reaparece el valor de la dignidad humana para oponerse en términos absolutos a cualquier práctica o intento que vulnere la integridad de la

---

<sup>1114</sup> CHUECA (2013) p. 175.

<sup>1115</sup> VIVANCO (2015) p. 248.

<sup>1116</sup> Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 89, p.14, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1117</sup> HOFMANN (1999) pp. 642 y 650.

<sup>1118</sup> VIVANCO (2015) p. 248.

<sup>1119</sup> Artículo 19 de la CPR.

<sup>1120</sup> VIVANCO (2015) p. 249.

<sup>1121</sup> HOFMANN (1999) pp. 642 y 650.

<sup>1121</sup> VIVANCO (2015) p. 251.

persona<sup>1122</sup>. Por su parte, el TCCh ha señalado que el apremio es ilegítimo cuando es injusto y atentatorio de los derechos fundamentales<sup>1123</sup>.

La Ley N° 19.567 de 1998 regulaba la tortura contemplada en el Código Penal chileno, con la incorporación de los artículos 150 A y 150 B, los que fueron ubicados en el párrafo cuarto del Libro II del mencionado Código. Posteriormente se ha introducido al Código Penal un tipo de tortura y un nuevo delito de apremios ilegítimos, a través de la ley 20.968<sup>1124</sup>. Esta norma modificó la Ley N° 18.216, excluyendo los actos de tortura (150 A) y de tortura agravada (150 B) del régimen de sustitución de penas que esa ley prevé e incorporó a la ley 20.357 los actos sexuales como forma de tortura, entre otras modificaciones legales<sup>1125</sup>. El propósito de la referida ley fue adecuar la legislación nacional chilena a los estándares internacionales tipificando en el derecho interno el delito de tortura, lo que adicionalmente, se extendió a otras figuras penales que también vulneran gravemente la dignidad de las personas, como son los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como las vejaciones injustas<sup>1126</sup>.

Una revisión precisa del contenido de las convenciones que regulan el tema de la tortura y su comparación con la regulación chilena de la tortura prevista en la Ley N° 20.968<sup>1127</sup>, nos permitirá abordar ciertos planteamientos críticos de este aspecto, sobre todo en lo que atañe al elemento de la finalidad en la comisión de este tipo penal. En este aspecto se observan algunas diferencias. Recordemos que la tortura se define en el artículo 1 de la CCT, en tanto que, en la CADH la tortura se encuentra regulada en su artículo 2°. Por su parte, la definición de la tortura, según la nueva ley, se encuentra prevista y sancionada en los artículos 150 A, 150 B y 150 C. De estas previsiones se pueden extraer ciertos elementos comunes: a) La tortura debe ser un acto intencional, b) el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, c) el acto debe perseguir una finalidad, y, d) en cuanto a los sujetos activos, se mantiene una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal<sup>1128</sup>.

Sobre el elemento de la *intencionalidad* se ha señalado que, la existencia de especiales elementos subjetivos en esta clase de delitos, las finalidades de obtener información, disciplinar o el motivo de discriminación, excluye su imputación a título culposo, coincidiendo esto con la ubicación sistemática y la expresa mención que hace el artículo 150 A de la Ley N° 20.968 a la necesidad de acreditar que la actuación del empleado público sea abusando de su cargo o de sus funciones<sup>1129</sup>.

Respecto del *sufrimiento o dolor*, el Código Penal chileno ha agregado algunos elementos que amplían la noción del padecimiento, considerando como tortura un acto que, sin provocar dolor o sufrimiento, esté destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad de discernimiento o decisión, y el artículo 150 también incorpora los

<sup>1122</sup> CEA (2012) p. 120.

<sup>1123</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2010, rol n° 1518-2009) considerando 11°.

<sup>1124</sup> Ley N° 20.968, de 2016.

<sup>1125</sup> Ley N° 20.968, de 2016.

<sup>1126</sup> Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.968*, p. 89, disponible en: < <http://s.bcn.cl/1yin3>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1127</sup> Ley N° 20.968, de 2016.

<sup>1128</sup> Véase, NASH (2009).

<sup>1129</sup> MATUS y RAMÍREZ (2017) p. 198.

sufrimientos sexuales; en el que el tema de la gravedad o severidad del sufrimiento infligido –sea físico, mental o sexual– es un tema que deberá resolverse caso a caso, por el tribunal llamado a conocer del caso<sup>1130</sup>. Respecto de la gravedad del sufrimiento o dolor, parecen existir dos grados de gravedad en la tortura según el artículo 150 A: por una parte, actos de tortura especialmente graves al infligir intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos y, por otra parte, los actos de tortura menos graves, relativos a la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión<sup>1131</sup>.

En cuanto al elemento del *sujeto activo*, según la redacción de esta ley, sólo pueden cometer el delito de tortura los empleados públicos y los particulares que lo hagan en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público o que ejecuten los actos de tortura con el consentimiento o con la aquiescencia de un funcionario público<sup>1132</sup>. Pero en lo tocante al elemento de la *finalidad*, los fines señalados en la normativa chilena no son copulativos sino que basta que se dé uno de tales fines para que la tortura se materialice, apartándose aquí de la CADH que hace referencia *cualquier otro fin*, y siguiendo más a la Convención de las Naciones Unidas que abre el tema con la fórmula *cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación*<sup>1133</sup>, pero no en todo el texto, ya que se excluye la posibilidad de que el fin perseguido sea el de coaccionar a un tercero.

No obstante, esta tipificación ha sido criticada por no abarcar los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero y por consagrar una pena de prisión ínfima para los actos de tortura dirigidos a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad, su capacidad de discernimiento o de decisión frente a la prisión que conlleva el tipo básico<sup>1134</sup>. También se le ha criticado por mantener la prescripción del delito de tortura, pese a su imprescriptibilidad en aquellos casos en los que los actos de tortura sean constitutivos de crímenes de lesa humanidad<sup>1135</sup>.

<sup>1130</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la DEFENSORÍA NACIONAL SANTIAGO, *Minuta sobre el delito de Tortura*, p. 40, disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13757.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1131</sup> MATUS y RAMÍREZ (2017) pp. 198-200.

<sup>1132</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la DEFENSORÍA NACIONAL SANTIAGO, *Minuta sobre el delito de Tortura*, p. 55, disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13757.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1133</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la DEFENSORÍA NACIONAL SANTIAGO, *Minuta sobre el delito de Tortura*, p. 44, disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13757.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1134</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 10 y 11, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVfKXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrl56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1135</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 10 y 11, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVfKXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrl56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. También resulta interesante que esta crítica no haga referencia a nuevos elementos, pues estos ya habían sido indicados con anterioridad a la reforma legal señalada. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/5 Observaciones finales del Comité contra la Tortura Chile*, disponible en:

Los bienes jurídicos tutelados con la sanción penal para el tipo penal de la tortura son la integridad física, moral y sexual de la persona, junto a la correcta administración de justicia y el buen funcionamiento del Estado<sup>1136</sup>. El bien jurídico protegido tiene una doble faz, teniendo por una parte, rango constitucional, que es la integridad física y psíquica de las personas, al que se agrega la integridad sexual (producto de la tipificación chilena) y la dignidad humana; y por otra parte, también se protege como bien jurídico la correcta administración de justicia o el correcto funcionamiento del Estado, desde el momento en que se opta porque el delito sólo puede ser cometido por funcionarios públicos o por particulares en concomitancia con un funcionario público<sup>1137</sup>. Otros autores señalan que, para el orden constitucional, no es la finalidad de la afectación a la integridad física o psíquica lo relevante, sino el solo hecho de que con los apremios ilegítimos ella se ve afectada y, además se pone en grave riesgo la propia vida de la víctima<sup>1138</sup>. Así, todos estos actos son formas de afectación de la integridad personal, que van desde algunas genéricas (actos o penas inhumanos, crueles o degradantes) hasta algunas muy específicas (actos de tortura)<sup>1139</sup>.

El derecho a la protección de la integridad física y psíquica tiene una especial vinculación al derecho a la salud<sup>1140</sup>. Según el artículo 19 inciso 1° de la CPR quedan recogidos en un mismo precepto dos derechos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica, que si bien han de considerarse distintos guardan una cercanía teleológica evidente. Y a estos se encuentra también vinculado el derecho a la salud. Urzúa, al hacer mención al derecho a la vida contenido en el referido precepto constitucional, señala que el derecho a la vida no implica, evidentemente, tan sólo la facultad de impedir que se nos dé muerte, sino también la concurrencia de un conjunto de condiciones laborales, sociales, económicas, asistenciales y sanitarias que hagan factible el mantenimiento de la existencia dentro de un nivel propio de la dignidad humana, derivando de este atributo básico –entre otros– el derecho a la protección de la salud<sup>1141</sup>. Por su parte, el TCCh ha señalado que el derecho a la salud está vinculado a otros derechos esenciales como el derecho a la integridad física y psíquica<sup>1142</sup>.

---

<<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7856.pdf?view=1>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1136</sup> Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.968*, p. 238, disponible en: <<http://s.bcn.cl/1yin3>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1137</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la DEFENSORÍA NACIONAL SANTIAGO, *Minuta sobre el delito de Tortura*, p. 20, disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13757.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1138</sup> MATUS y RAMÍREZ (2017) p. 194.

<sup>1139</sup> Véase, NASH (2009).

<sup>1140</sup> Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 87, p. 5, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Asimismo, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 90, p. 22, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1141</sup> URZÚA (1991) pp. 179-180.

<sup>1142</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerandos 22°-29°; TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -introducido por la Ley N° 20.015 que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa*



Sin embargo, ambos tienen un reconocimiento diferenciado, encontrándose el segundo recogido en el artículo 19, N° 9 de la CPR. Se reconoce entonces la protección de la salud como derecho individual de carácter genérico, pero cuya tutela requiere, en todo caso, una acción de los poderes públicos que debe abarcar tanto la medicina preventiva como la asistencial. Según Vivanco, en el primer inciso del referido artículo se enuncia como un derecho la *protección de la salud* y no un *derecho a la salud*, ya que la salud es un concepto muy amplio que no puede ser garantizado de manera global por el Estado, quien solo puede y debe promover y proteger el bienestar de la persona, sin limitarse solo a la prevención o recuperación<sup>1143</sup>. Nancuante *et. al.*, sostienen que esta garantía constitucional forma parte de la dignidad humana y que el Estado está obligado a respetarla, puesto que no se trata de una mera expectativa, sino de un derecho que, a lo sumo, queda suspendido hasta que el Estado pueda cumplirlo<sup>1144</sup>. Se trata de un derecho con contornos relativos y dependientes de factores históricos, sociales y culturales, que definen la satisfacción integral y protección de este derecho<sup>1145</sup>. Y, aunque estos derechos no coinciden ni en el bien objeto de tutela ni en la intensidad de esta, ello no obsta para que en determinadas situaciones puedan solaparse, en el sentido de que ciertas afecciones a la salud puedan ser conceptuadas como vulneración del derecho a la integridad física y psíquica.

La norma constitucional, sólo resguarda el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, además de establecer que el Estado tiene el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, pero la forma y condiciones en que se realiza la norma lo determinará la Ley<sup>1146</sup>. De su lectura se observa que se trata de una previsión controversial que reduce el derecho fundamental a un derecho programático de configuración legal, lo cual se contradice con el estándar de protección internacional. Sin embargo, hemos de señalar que la Constitución de 1980 reconoció el derecho a la salud en el sentido amplio, tal como lo entendió la OMS, que es un completo bienestar, físico, psicológico y social, por lo que no estaría limitada solo a la recuperación y rehabilitación de la enfermedad, sino que involucraría también acciones orientadas a mejorar la calidad de vida<sup>1147</sup>. Así, el derecho a la salud sería más bien el derecho a ser asistidos, tratándose de un derecho a asistencia sanitaria, tanto preventiva como curativa, oportuna y eficiente<sup>1148</sup>.

---

*Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud (2009, rol n° 1218-08) considerandos 16°-32°; TCCh, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich, respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, en rol N° 7952-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, rol n° 1287-08) considerandos 16°-37°.*

<sup>1143</sup> VIVANCO (2015) p. 288.

<sup>1144</sup> NANCUANTE (2012) pp. 19-20.

<sup>1145</sup> ROMEO (2006) p. 143.

<sup>1146</sup> DRAGO (2006) p. 17.

<sup>1147</sup> VIVANCO (2015) p. 288. Según lo entiende CEA (2012) p. 308), indicando que la CPR escogió el sentido amplio, existen dos sentidos: "En sentido restringido, que resulta ser sinónimo del significado natural y obvio, la salud es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. En cambio, en su sentido amplio, la salud se refiere al estado de completo bienestar físico, mental y social, no únicamente la ausencia de enfermedades, minusvalías y dolencias, sean físicas o psíquicas". Adicionalmente, sobre las consideraciones efectuadas en este tema por la Comisión de Estudios sobre la nueva Constitución, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 190, p. 4, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1148</sup> SQUELLA (2005) pp. 104, 125, 126.

Aunque se ha sostenido que el Estado es el único responsable por la protección de la salud<sup>1149</sup>, la comisión redactora de la Constitución rechazó expresamente esta idea, pues no habría ningún problema en que el sector privado ejecutara acciones de promoción y protección de la salud, siempre y cuando actúen limitados por la cláusula de la garantía esencial contenida en el artículo 19, N° 26 de la CPR<sup>1150</sup>. Por ende, otro de los roles derivados de la previsión constitucional estriba en el deber que tiene el Estado de coordinar y seguir un orden entre instituciones públicas y privadas, para alcanzar la integración mutua de sus esfuerzos en la consecución de esta tarea común<sup>1151</sup>. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud<sup>1152</sup>.

La protección de la salud garantizada por la CPR debe brindarse sobre bases igualitarias<sup>1153</sup>. Ello implica que la autoridad pública no debe ejecutar ninguna acción que vaya en contra de la salud, debiendo al mismo tiempo adoptar todas las providencias que considere necesarias para resguardar la salud<sup>1154</sup> y eliminando las diferencias arbitrarias o carentes de justificación para todos<sup>1155</sup>. En este orden de ideas, en Chile la Ley N° 19.966<sup>1156</sup>, estableció un régimen de garantías en salud para asegurar a todas las personas residentes en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, el acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad<sup>1157</sup>. De modo tal que, el núcleo básico del derecho a cuidado sanitario se garantiza *a todas las personas*, sin discriminación y en condiciones de igualdad, partiendo de las connotaciones de las siglas AUGE, cuyo significado es *Acceso Universal a Garantías Explícitas*. Po ello, la protección de este derecho debe hacerse extensible a los migrantes detenidos, cuya integridad física y psíquica debiera ser garantizada incluso hasta la fase de expulsión.

#### TABLA N° 26.

##### Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en la Constitución Política de Chile

Objeto de protección.	Disposiciones.
Dignidad e integridad personal: Prohibición de tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.	Artículo 19.1, parte final, Artículo 7 CPR. Igualmente, artículo 5, inciso 2° CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen estas previsiones: Art. I y XXV DADH; Art. 1 y 27 CADH; Preambulo, art. 5 y 7

<sup>1149</sup> ÁLVAREZ (1990) p. 220.

<sup>1150</sup> BULNES (2001) pp. 137, 141.

<sup>1151</sup> CEA (2012) p. 310.

<sup>1152</sup> TCCh, *Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933* (2010, rol n° 1710-2010) considerando 122°.

<sup>1153</sup> VIVANCO (2015) p. 288.

<sup>1154</sup> BULNES (2001) p. 136.

<sup>1155</sup> VIVANCO (2015) p. 289.

<sup>1156</sup> Ley N° 19.966, de 2005.

<sup>1157</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.966, Mensaje presidencial N° 1-347 del Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud*, disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/5682/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

	PIDCP; Preambulo PIDESC; Arts. 5.2, 6, 22, 27 CADH; Art. 5 DUDH.
Derecho a la salud	Artículo 19.9 CPR. Igualmente, artículo 5, inciso 2° CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen estas previsiones: Art. XI DADH; Art. 12 PIDESC; art. 5 CIERD; art. 12 CETFDCM; art. 24 CDN; Arts. 2 y 6 CIPST.
Principio de <i>no devolución</i> .	Artículo 5, inciso 2 CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen el principio: CADH, art. 22.8; arts. 3 y 16 CCT; arts. 7 y 17.3 CTMF; Arts. 4(b), 4(d) y 4(e) Belem do Para.

### 2.2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

La dificultad para establecer un concepto de familia que suscite aceptación general o mayoritaria es ya una referencia común –particularmente en las ciencias jurídicas– y, una pretensión de alcance más reducido, como establecer una concordancia en sus bases mínimas o en la selección de los criterios necesarios para la construcción conceptual, también parece lejana<sup>1158</sup>. Una de las primeras aproximaciones que se intentaron en Chile la entendía como un grupo humano y social, constituido por la unión de un hombre y una mujer, con voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo, constituido por la unión de un hombre y una mujer con aptitud legal<sup>1159</sup>, pero este es una noción que ha evolucionado con el paso del tiempo. Se trata de un grupo en el que prevalecen los vínculos de sangre y de afectividad, que se vuelve vital para el desarrollo completo de cada hombre, recibiendo en ella los elementos básicos para su incursión en la vida social<sup>1160</sup>.

Tanto la familia, el matrimonio y los sentimientos que se desprenden de esas relaciones constituyen un hecho social, el cual inspira la elaboración de normas y pensamientos que los propios hombres consienten darse como modelo, el cual debe ser respetado para beneficio de todos<sup>1161</sup>. La CPR contempla a la familia como el núcleo de la sociedad en su artículo 1, inciso 2°, y a su vez, en su inciso final, establece el deber del Estado de propender a su fortalecimiento, al igual que los diversos pactos internacionales suscritos por Chile. La incorporación de la protección a la familia en la CPR –como base de la institucionalidad como deber del estado y de la sociedad y no dentro del Capítulo III de los derechos y deberes constitucionales–, no impide su reconocimiento como derecho social y como núcleo fundamental de la sociedad. Entendiendo que el artículo 19 de la CPR no es taxativo, ello implica que se le reconoce como derecho fundamental porque así lo estipula el conjunto de instrumentos internacionales ratificados por Chile<sup>1162</sup>.

<sup>1158</sup> DEL PICÓ (2001) p. 32

<sup>1159</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.947*, disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5731/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1160</sup> VIVANCO (2015) p. 34.

<sup>1161</sup> HIPPEL (2006) p. 68.

<sup>1162</sup> DÍAZ (2012) pp. 274, 289.

Sin embargo, el modelo de familia matrimonial ha sufrido un proceso sostenido de debilitamiento en los últimos años, debiendo coexistir con expresiones de matriz ideológica, que tienden a mutar el carácter comunitario de la familia por uno eminentemente social y consensual, es decir, la familia no está ya ligada exclusivamente al matrimonio ni tampoco es actualmente el único modelo socialmente aceptable.<sup>1163</sup> Como consecuencia de la reciente transformación legislativa chilena, se ha sucedido una mutación en la manera como se estructuran los vínculos de filiación basados ahora en el individuo en vez de las relaciones familiares<sup>1164</sup>, lo que se traduce en el reconocimiento legislativo de las múltiples bases sobre las cuales puede estructurarse la familia<sup>1165</sup> en la Ley N° 19.947, artículo 1, inciso 2. Este precepto reconoce expresamente la existencia de otras familias<sup>1166</sup>. En esta legislación la familia es una unidad cambiante, no estática, depende de muchas variables para que se vea más o menos influenciada por los cambios sociales, políticos y culturales y entre ellos, un proceso migratorio puede ejercer interesantes cambios en la familia<sup>1167</sup>. La protección a la vida familiar brindada por la CPR implica para la comunidad política no solo el deber de respetar y no agredir negativamente a aquella, sino el de adoptar medidas que tiendan a fortalecer la autonomía familiar cuando por diversas circunstancias agresivas esta se vea debilitada<sup>1168</sup>. Y tales criterios también deben ser considerados válidos y aplicables en lo que atañe a la detención y expulsión de inmigrantes cuando tales procedimientos afectan el núcleo familiar de estos grupos vulnerables.

Las relaciones y hechos vitales que surgen de la vida en familia son un contenido del derecho de las personas que integran el grupo familiar para impedir que ellas sean afectadas por injerencias de terceros<sup>1169</sup>. En la doctrina se distinguen dos planos de la vida de una persona: el plano de la vida pública –constituido por los hechos o actos que se realizan en el ejercicio de una función pública o con expresa voluntad de ser conocidos por el público o públicos debido a su naturaleza– y el plano de la vida privada –conformado por todos los actos que no estén destinados al público– los actuales están protegidos por la CPR. La privacidad es una manifestación de la dignidad personal que se traduce en la reserva del *yo* a espacios reducidos seleccionados por el sujeto<sup>1170</sup>. No obstante, Cea señala que ha sido difícil definirla pues se trata de un concepto dinámico y cambiante, de manera que establecer un límite claro compartido por todos, entre la vida privada y la pública, no es una labor sencilla<sup>1171</sup>.

El artículo 19 N° 4 de la CPR alude a la vida privada de la persona y al derecho a la vida familiar de forma conjunta, no obstante que se trata de conceptos que no deben identificarse sin más<sup>1172</sup>. Sin embargo, resulta innegable que, junto a la intimidad de los miembros de la familia, se encuentra la intimidad familiar en sí misma como grupo nuclear,

<sup>1163</sup> DEL PICÓ (2001) p. 52.

<sup>1164</sup> DOMÍNGUEZ (2005) p. 214.

<sup>1165</sup> ARANCIBIA y CORNEJO (2014) p. 285.

<sup>1166</sup> “La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.” (Ley N° 19.947, de 2004).

<sup>1167</sup> HIPP (2006) p. 77.

<sup>1168</sup> CORRAL (1999) p. 77.

<sup>1169</sup> CORRAL (1999) p. 66.

<sup>1170</sup> VIVANCO (2015) pp. 344-345.

<sup>1171</sup> CEA (2012) p. 199.

<sup>1172</sup> CORRAL (1999) p. 67.

aunque dicho concepto no sea de fácil precisión<sup>1173</sup>. Así, mientras que el artículo 19.4 de la CPR asegura el *respeto y la protección a la vida privada de la persona y de su familia*, seguidamente el artículo 19.5 se refiere a la *inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada*.

Se entiende por *vida privada* al núcleo de la vida personal que este no acepta compartir con terceros o que solo comparte con íntimos, dentro de los cual se incluye el hogar doméstico como una extensión física de la privacidad del sujeto y, por ende, inviolable<sup>1174</sup>. Esta inviolabilidad favorece el recinto privado en el que se desarrolla una actividad humana estando negado el acceso de un tercero sin el consentimiento de la persona en cuestión<sup>1175</sup>. En sentido estricto, no existe reconocimiento directo en Chile de un derecho a la *privacidad* en su concepción original –como ocurre en el derecho norteamericano con el *right to privacy*<sup>1176</sup>– aunque varias de sus consecuencias son verificables en la legislación chilena. De hecho, aunque la CPR recoge la idea de *vida privada* como bien jurídico digno de protección, su delimitación corresponde a la jurisprudencia<sup>1177</sup>. Sin embargo, en materia de protección de la honra y la vida privada de la persona y su familia los tribunales chilenos han sido descuidados a la hora de configurar los ilícitos constitucionales, extendiendo infundadamente a la familia cualquier agravio en perjuicio de la persona, lo que demuestra la inapropiada forma de aplicar el concepto de familia en la jurisprudencia chilena, ya que si los conceptos de *hogar* y *comunicaciones* se entendieron ampliamente según la interpretación del artículo 19 numeral 5 de la CPR, no ocurre lo mismo con el concepto de familia contenido en el numeral 4 del referido artículo<sup>1178</sup>.

Muy relacionado con la protección del derecho a la vida familiar se encuentra la protección del interés superior del niño, por la incidencia que tiene su protección en el núcleo familiar. En la CPR encontramos normas que indirectamente se vinculan con la adecuada protección de los niños y sus derechos, pero en su texto no se emplea directamente el término *interés superior del niño, niña o adolescente*. En cuanto a esta noción, el Consejo Nacional de la Infancia en Chile ha sostenido que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en las actuaciones y decisiones que les afecten se evalúen las posibles repercusiones de dicha actuación o decisión en aquellos, y que entre diversas decisiones posibles se elija aquella que satisfaga de manera más efectiva su interés superior, entendido, como el disfrute y satisfacción de sus derechos<sup>1179</sup>. Dicha noción debiera ser considerada dentro de las políticas migratorias aplicadas este grupo vulnerable en *pro* del aseguramiento de sus derechos fundamentales durante la detención y expulsión del territorio chileno. El Derecho debe, entonces, arbitrar técnicas que les garanticen la continuidad de su crianza y educación y la

<sup>1173</sup> HERRERO-TEJEDOR (1994) p. 84.

<sup>1174</sup> VIVANCO (2015) pp. 345, 363.

<sup>1175</sup> Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 128, p. 24, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1176</sup> Concepto más amplio que no solo alude a la figura de *interioridad* o de *espacio reservado*, sino también a la autodeterminación y capacidad del individuo de decidir por sí mismo y sin interferencia en las cosas que le competen solo a él (VIVANCO (2015) p. 345).

<sup>1177</sup> LARA (2014b) pp. 11 y 22.

<sup>1178</sup> ZARATE (2016) p. 41.

<sup>1179</sup> Para más información, véase sitio web oficial de CEPAL, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia. Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia, 2016-2025*, p. 63, disponible en: <<https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=4303>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

estabilidad de vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez<sup>1180</sup>.

Este aseguramiento resulta necesario ya que la CPR puede desplegar su fuerza normativa solo si el control de la actividad estatal forma parte de dicho texto normativo<sup>1181</sup>. Por ello, la ponderación en cada caso es fundamental en la protección del núcleo familiar si de proteger al niño se trata y de garantizar mejor su vida futura<sup>1182</sup>. Así, la decisión de mantener la unidad familiar debe ser siempre el resultado de un casuístico juicio de ponderación, supeditado a parámetros de proporcionalidad, entre los legítimos fines de interés público protegidos por la ley de extranjería (orden público y seguridad nacional) y el derecho a la protección de la familia –del que son titulares nacionales y extranjeros– y el interés superior del niño<sup>1183</sup>. Y estos criterios deben ser los regentes en el trato que dispense el Estado chileno a los inmigrantes cuando se trata de su detención o expulsión. La siguiente Tabla N° 27 recoge resumen de estas disposiciones aplicables:

**TABLA N° 27.**  
**Del derecho a la vida privada y familiar en la Constitución Política de Chile**

Objeto de protección.	Disposiciones.
Derecho a la vida privada y familiar.	Artículo 1, incisos 2 y final, Artículo 19,4 CPR. Igualmente, artículo 5, inciso 2° CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen estas previsiones: Art. 1 y 12 DUDH; arts. V, VI, VII DADH; Art. 6.1, 17, 23, 24 PIDCP; Art. 3 y 11.2 CADH; 17.5 CTMF; artículo 4 e) Belem Do Para.
Derechos de los menores de edad y protección del interés superior del niño.	Artículo 5, inciso 2 CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen estas previsiones: art. 3 párrafo 1 de la CDN; Art. 17 PIDCP; art. 5 y 6 DADH.

### 2.2.3. Del derecho al debido proceso.

La igualdad en la ley requiere –necesariamente – de una igualdad en la protección, contando con los mecanismos de protección necesarios para hacer la norma verdaderamente material<sup>1184</sup>. Las previsiones del artículo 19.3 de la CPR se traducen en un derecho al debido proceso. Este principio de igualdad, lejos de ser una simple declaración es una norma jurídica, que contiene un deber ser, *un mandato de optimización*<sup>1185</sup>. Para Vivanco, la situación que trata y protege esta garantía es la de aquella persona que, teniendo ya establecido un determinado estatuto jurídico, pretende hacer valer ante los derechos que este contempla, dándole materialidad y justiciabilidad a tales derechos<sup>1186</sup>.

<sup>1180</sup> RODRÍGUEZ (2009) p. 547.

<sup>1181</sup> ARAGON (1999) p. 15.

<sup>1182</sup> ETCHEBERRY (2009) p. 260.

<sup>1183</sup> LAGES (2016) p. 96.

<sup>1184</sup> VIVANCO (2015) p. 312.

<sup>1185</sup> PEÑA (1997) p. 122.

<sup>1186</sup> VIVANCO (2015) p. 313.

La protección del debido proceso parte del aseguramiento del proceso judicial – entendido este como una secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente a fin de resolver mediante un juicio de la autoridad el conflicto sometido a su decisión<sup>1187</sup>– ante la conculcación de un derecho y a fin de garantizar la seguridad jurídica del individuo frente al poder<sup>1188</sup>. Es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso un conjunto de garantías mínimas. Estas garantías serán las siguientes: oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos<sup>1189</sup>.

No obstante, este derecho no se encuentra expresamente definido en la CPR<sup>1190</sup> y no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso en Chile<sup>1191</sup>, aunque todas ellas han sido analizadas por la literatura<sup>1192</sup>. La CPR le asigna el adjetivo *racional*, ya que las sentencias no pueden ser el resultado de arbitrariedades; y *justo*, pues el proceso debe brindar certeza a las partes respecto de lo que a cada una corresponde<sup>1193</sup>. Según el TCCh, el debido proceso cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del estado de derecho<sup>1194</sup>. También ha señalado que: “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”<sup>1195</sup>.

La determinación de las garantías que integran el núcleo del debido proceso corresponde a una actividad en la que concurre el legislador y el TCCh mediante su interpretación de la CPR<sup>1196</sup>. Ello también ha sido reseñado por el TCCh<sup>1197</sup>. Y muy

---

<sup>1187</sup> COUTURE (1993) pp. 121-161.

<sup>1188</sup> RIVERO (1997) p. 21.

<sup>1189</sup> HOYOS (1996) p. 54.

<sup>1190</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 230.

<sup>1191</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2011, rol n° 1838-2010) considerando 13°.

<sup>1192</sup> COLOMBO (2003), NOGUEIRA (2007); NOGUEIRA (2008); NAVARRO (2013).

<sup>1193</sup> VIVANCO (2015) p. 319.

<sup>1194</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio* (2008, rol n° 1130-08) considerando 7°.

<sup>1195</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2011, rol n° 1838-2010) considerando 10°.

<sup>1196</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 258.

<sup>1197</sup> Vease, TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N°*

relacionado con el debido proceso, la CPR contempla la prohibición de restricciones arbitrarias a la libertad en su artículo 19.7 y 21. En la CPR se asegura el derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas, según el inciso tercero al artículo 19, numeral 3. Este se refiere al derecho de toda persona a actuar representada por un abogado en las causas en que actúe como parte o solicitante y en toda clase de gestiones públicas que impliquen asistencia de un letrado<sup>1198</sup>. La defensa jurídica es más amplia que la defensa judicial ya que se actualiza no solo ante el poder judicial sino de frente a cualquier órgano que ejerza jurisdicción y también de cara a autoridades carentes de potestad jurisdiccional<sup>1199</sup>. La CS ha precisado que, conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la CPR, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, por tratarse de un derecho fundamental<sup>1200</sup>.

Por su parte el TCCh ha sostenido que el constituyente tuvo en consideración que una materia tan relevante no fuera alterada por vía administrativa u otro mecanismo, asegurando que las personas que lo requieran puedan en los hechos ejercer su derecho al asesoramiento y defensa jurídica<sup>1201</sup>. Para ello, las referidas personas cuentan con la defensoría penal pública, la corporación de asistencia judicial, la institución de los abogados de turno, los servicios de asistencia gratuita, y la concesión de beneficios por pobreza. Respecto de la intervención del letrado, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución destacó que la intervención del letrado que se quiere consagrar es toda la asistencia jurídica en la vivencia de la ley; no solo en relación con el proceso, sino en relación con todas las consultas, a toda la labor propia del abogado, a la actividad administrativa<sup>1202</sup>.

Asimismo, lo que se lee del precepto constitucional indica que la intervención del letrado debe ser respetada, dejando abierta la posibilidad de que cualquier sujeto capaz pueda defender a un tercero o al imputado, abriendo así la acción popular o pública en defensa de la dignidad y de los derechos humanos<sup>1203</sup>. En este sentido, el TCCh ha señalado que el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho<sup>1204</sup>.

---

3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2011, rol n° 1838-2010) considerando 9°.

<sup>1198</sup> VIVANCO (2015) p. 313.

<sup>1199</sup> CEA (2012) p. 157.

<sup>1200</sup> Corte Suprema de Chile, *Contra Alborno* (2007, rol N° 4183-06) considerando 10°.

<sup>1201</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sergio Toloza Rodríguez y el presidente del Colegio de Abogados de Chile respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en los autos sobre apelación de protección, caratulados "Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno", de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 6626-2006* (2008, rol n° 755-07) considerandos 31°, 32° y 45°.

<sup>1202</sup> Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 101, p. 26, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1203</sup> CEA (2012) p. 159.

<sup>1204</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Matías Mundaca Campos, respecto del artículo 37 de la Ley N° 20.000 en la causa Rit 4797-06, Ruc 0600554666-2 del Juzgado de Garantía de Arica* (2007, rol n° 621-06) considerando 6°.



Íntimamente relacionado con el derecho a un igual ejercicio<sup>1205</sup>, este debe poder ejercerse en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento.

Además, la CPR precisa en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, el derecho al juez predeterminado por la ley<sup>1206</sup>, lo que debe ser entendido en concordancia con el artículo 76 de la CPR<sup>1207</sup>. En este sentido, el TCCh ha empleado la noción de comisión especial para referirse a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho<sup>1208</sup>, lo que ocurre si se constituye un órgano con carácter particular y transitorio llamado a resolver una cuestión específica exclusivamente para juzgar a determinada persona o personas o conocer un hecho particular, o cuando un órgano, que tiene jurisdicción, se excede de su órbita juzgando un asunto que no está dentro de su competencia<sup>1209</sup>. La previsión que exige el establecimiento legal de los tribunales con antelación a la perpetración del hecho en cuestión asegura la independencia de los tribunales de justicia frente a las tentaciones de crear tribunales por decreto para realizar objetivos particulares del poder ejecutivo<sup>1210</sup>. Otra garantía del debido proceso reconocida por la CPR es la del derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial, según el artículo 76, primer inciso. Por otra parte, también se reconoce el derecho a la bilateralidad de la audiencia como garantía del proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, asegurado por la CPR a todas las personas<sup>1211</sup>. Así, el conocimiento –en primera instancia– en cuenta o de plano, esto es, sin escuchar a las partes, puede importar una vulneración al debido proceso<sup>1212</sup>.

Junto a este derecho, también se contempla el debido emplazamiento, referido a la notificación suficiente a los sujetos afectados interesados, de que el proceso existe, que pueden defenderse, y que la sentencia les sea oponible directamente, manifestándose en el

---

<sup>1205</sup> TCCh, *Proyecto de Ley que modifica el Código Penal y el Código de Procesal Penal en materias de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las Policías*. (Boletín N° 4321-07) (2008, rol n° 1001-07) considerandos 16° a 19°.

<sup>1206</sup> El artículo 19 de la CPR, inciso 5° señala que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

<sup>1207</sup> artículo 19 de la CPR: la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

<sup>1208</sup> TCCh, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica las Leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras Materias que Indica* (1994, rol n° 184-94) considerando 7°.

<sup>1209</sup> SILVA (1997) p. 323.

<sup>1210</sup> VIVANCO (2015) p. 315. Así también lo entendió la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 101, pp. 27-28, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1211</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo, respecto del artículo 31° inciso final del DFL N° 1 del Ministerio de Economía fomento y Reconstrucción, y del Decreto Ley N° 211, de 1973, en rol de ingreso N° 3733 – 2009 de la Corte Suprema* (2010, rol n° 1448-09) considerando 40°.

<sup>1212</sup> NAVARRO (2013) p. 137. Cfr. TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch respecto del inciso tercero del artículo 551; inciso segundo del artículo 539; inciso segundo del artículo 541; inciso segundo del artículo 539; artículos 536, 537 y 542; número 4° del artículo 544; artículos 557 y 558, todos del Código Orgánico de Tribunales, en la causa Antecedentes de Pleno Rol N° 1920-2006 ad, seguida ante el Ministro en Visita don Juan Escobar Zepeda* (2007, rol n° 747-07) considerando 16°.

conocimiento que tienen las partes de todos los actos y resoluciones dictadas en el proceso, lo que permite intervenir cada vez que lo estimen necesario<sup>1213</sup>. En tal sentido, el legislador puede fijar distintas formas de notificación atendiendo a la naturaleza del proceso, también puede prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior, cuando es posible presumir que el actor tiene conocimiento regular del proceso porque existe una carga procesal que lo impele a ello<sup>1214</sup>.

Lo anterior está íntimamente vinculado al derecho a presentar e impugnar pruebas. Este tiene la finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones<sup>1215</sup>. El TCCh ha indicado que el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones<sup>1216</sup>.

El derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo también forma parte del debido proceso en base al cual, el juez debe razonar sobre el *petitum*, sobre el fondo, y ello debe quedar además exteriorizado en la motivación. De ahí que una resolución sin razonar vulnera este derecho, y una resolución sin motivar vulnera la necesaria motivación de las resoluciones<sup>1217</sup>. Así, este se constituye en un presupuesto implícito de la tutela de los derechos por la autoridad en forma efectiva que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes del derecho vigente, lo que hace posible un control sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales<sup>1218</sup>. El resguardo del debido proceso también incluye el acceso al recurso, pero en este aspecto, el TCCh ha señalado que, aunque la CPR exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia y, por ende, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación<sup>1219</sup>.

Adicionalmente, el TCCh ha sostenido que el artículo 19 N° 3° inciso 5° de la CPR establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, los cuales se traducen, junto con el derecho a la acción y de la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva<sup>1220</sup>. Entendiendo que la acción es la facultad de un sujeto de traspasar

---

<sup>1213</sup> COLOMBO (2003) pp. 91-92.

<sup>1214</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por COMINOR Ingeniería y Proyectos S.A. respecto del “inciso primero del artículo 70 del Código de Minería y en el inciso segundo del artículo segundo de la Ley N° 19.573, de 25 de julio de 1998”, en los autos caratulados “Beseler Valdivia, Jorge con Cominor Ingeniería y Proyectos S.A.”, sobre recurso de casación en el fondo, del que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 4384-2011* (2012, rol n° 2053-11) considerando 27°.

<sup>1215</sup> ETO (2011) p. 291.

<sup>1216</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Antonio Alfonso Ramos Vera, respecto del artículo 1° de la Ley 19.989, en rol 7297 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2010, rol n° 1411-09) considerando 7°.

<sup>1217</sup> DÍEZ-PICAZO Y FRAILE (2011) p. 247.

<sup>1218</sup> NOGUEIRA (2007) p. 69.

<sup>1219</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Francisco Choque Siguayro y otro, respecto de los artículos 364,372,373,374,375,376,377,378,379,380,381,382,383,384,385,386 y 387 del Código Procesal Penal y artículos 1,3,22 y 25 de la Ley 20.000, en causa RIT 177 – 2009 del Tribunal Oral en lo Penal de Arica* (2011, rol n° 1443-2009) considerando 13° y 17°.

<sup>1220</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio* (2008, rol n° 1130-08) considerando 6°.

un conflicto al proceso para lograr una solución jurisdiccional<sup>1221</sup>, el referido tribunal también ha sostenido que toda persona tiene derecho a recurrir al juez en demanda de justicia<sup>1222</sup>. También ha sostenido que el acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos está asegurado por el N° 3 del artículo 19 de la CPR, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que el texto constitucional se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a: la defensa jurídica, a ser juzgado por el juez natural, a un justo racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia. Esto es, el derecho a toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente<sup>1223</sup>. Así, la tutela judicial efectiva garantiza todos los derechos inherentes que permiten acceder a un debido proceso<sup>1224</sup>. Su importancia para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que sea considerado como un principio general, como una garantía constitucional y como un derecho fundamental<sup>1225</sup>. La siguiente Tabla N° 28 recoge alusión a estas disposiciones:

**TABLA N° 28.**  
**Del derecho al debido proceso en la Constitución Política de Chile**

<b>Objeto de protección</b>	<b>Disposiciones.</b>
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículos 19 N°7 y 21 de la CPR. Adicionalmente, artículo 5, inciso 2° CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen estas previsiones: art. 7 de la CADH; PIDCP art. 9, la DADH, art. I; y la DUDH art. 3.
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículo 19 N°3 de la CPR. Igualmente, artículo 5, inciso 2° CPR, en cuanto hace aplicables los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, entre ellos aquellos que recogen estas previsiones: arts. 7 a 9 y 25 de la CADH; PIDCP arts. 2, 3 y 14, la DADH, art. XVIII; y la DUDH arts. 8, 9, 10 y 11).

<sup>1221</sup> COLOMBO (2003) p. 95.

<sup>1222</sup> TCCh, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema y modificaciones a los recursos de queja y de casación* (1995, rol n° 205-95) considerando 9°.

<sup>1223</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 474 inciso 3° del Código del Trabajo, Juzgado de Letras de Rengo, causa caratulada "Molino Caupolicán con Inspección Comunal del Trabajo de Rengo"*, rol 11.053 (2009, rol n° 1470-09) considerando 9°.

<sup>1224</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 276.

<sup>1225</sup> BUSTAMANTE (2001) p. 183.

### 3. Sobre las normas de rango legal.

Hasta el año 1914, Chile se caracterizó por una inmigración libre o espontánea, ya que no existía restricción alguna al ingreso de extranjeros, aparte de la prohibición de permitir residencia u otorgar nacionalidad a los traficantes de esclavos<sup>1226</sup>. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley de Residencia de 1918 se configura lo que se conocería como la primera legislación migratoria en Chile. Ello debido a los cambios englobados en la denominada *cuestión social* derivados de la inserción de la economía capitalista, el crecimiento de los centros urbanos, el aumento de la criminalidad y la proliferación de enfermedades de índole sanitaria<sup>1227</sup>. Así, se dictó la Ley de Residencia o Ley N° 3.446 de 12 de diciembre de 1918, que impedía la entrada al país –o la residencia en este– de “elementos indeseables” (sic.). Esta Ley estuvo vigente hasta que fue derogada por el artículo 96 del DL 1.094. Hasta entonces, podríamos resumir la evolución histórica de dicha legislación a través de tres grandes fases: a) Una primera fase dirigida a la colonización de las tierras deshabitadas mediante migrantes seleccionados; b) Una segunda –que se configura con el gobierno de Pinochet– cuyo principal objetivo fue de expulsión y restricción a la llegada de extranjeros y nacionales considerados como peligrosos; y, c) Una tercera, posterior al gobierno de Pinochet, en la que se presenta un foco económico en la apertura a los movimientos migratorios con ciertas asincronías<sup>1228</sup>.

En Chile, el DL 1.094 es el que regula actualmente los asuntos migratorios. Sin embargo, más que determinar una política migratoria construida a partir de derechos y obligaciones para los migrantes, lo que hace es disponer de un conjunto de requisitos para la entrada, salida y residencia en el territorio chileno<sup>1229</sup>. No obstante, a continuación,

---

<sup>1226</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 18.

<sup>1227</sup> PLAZA (2013) p. 109.

<sup>1228</sup> LARA (2014) p. 62.

<sup>1229</sup> El artículo 1 del DL 1.094 establece el ámbito de aplicación, normando el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros. La ausencia de carácter sustantivo que ostenta la legislación migratoria chilena vigente ha dado pie para que en la literatura se haga referencia al *derecho migratorio*, respecto de aquellas normas referidas a los derechos de los migrantes; y, por otra parte, al *derecho de extranjería*, en relación con los procedimientos administrativos para el otorgamiento de visados. Abundando más sobre este tema, DOMÍNGUEZ (2016) p. 189 ha referido que el derecho migratorio es un derecho en construcción, que se nutre del derecho internacional de los derechos humanos y de la concreción que de estos hacen los órganos de protección (Por su parte, según CHUECA (2013) p. 6, en el derecho migratorio se diferencian cuatro dimensiones: el derecho a no migrar, el derecho a migrar, el derecho a establecerse pacíficamente y el derecho a retornar, los cuales se enmarcan en la libertad de movimiento de las personas, junto al derecho que les asiste a los migrantes de disfrutar de los derechos humanos que como personas les corresponden. Por otra parte, DOMÍNGUEZ (2016) p. 190, señala que el derecho de extranjería ha sido asociado a potestades soberanas de control territorial, entre las que se encuentran: el control de identidad fronterizo y en territorio; la detención en frontera; la prohibición de entrada; las expulsión y restricción de la libertad de los extranjeros durante la incoación de procedimientos de sanción o a la espera de la ejecución de una sanción, entre otras (El Derecho de extranjería comporta entonces un conjunto de normas materiales por las cuales se atribuye al no nacional un determinado estatuto jurídico en el ordenamiento del Estado que lo acoge (FERNÁNDEZ (1991) p. 39). No obstante, resulta innegable que el derecho de extranjería viene a estar delimitado cada vez más por los límites derivados del derecho internacional de los derechos humanos, como lo afirma RIPHAGEN (1961) p. 293: “*the rules of the law of nations, like every legal rule, have as their ultimate object the regulation of human society, but their approach is one which regards the states as sovereigns exercising power*”, es decir, “las reglas del derecho internacional, como cualquier otra regla legal, tienen como último objetivo la regulación de la sociedad humana, aunque su enfoque reconoce a los Estados como soberanos en el ejercicio de sus potestades” (la traducción es nuestra).

presentamos una revisión lacónica del sistema de visados y de las sanciones e infracciones migratorias contenidas en el referido Decreto Ley. Tal revisión pretende exponer el contexto en el que se puede configurar la detención y expulsión de inmigrantes en Chile.

Las normas migratorias chilenas no emplean expresamente la clasificación que distingue entre *residentes* y *no residentes*. Sin embargo, los *residentes* son aquellos que manifiestan –mediante las correspondientes solicitudes de visación– su voluntad en orden a obtener un determinado permiso de residencia o visación<sup>1230</sup>. No obstante, el artículo 5 del DL 1.094 define a la visación. Se trata de un *acto terminal positivo del procedimiento*<sup>1231</sup>. Así, en estas normas se establece que los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de: *Turistas, Residentes oficiales, Asilados políticos y refugiados, Residentes* –aquí se observan diversos tipos de residencia: Residente sujeto a contrato<sup>1232</sup>, Residente temporario<sup>1233</sup>, Residente estudiante<sup>1234</sup>– y *Tripulantes*. También existen otras categorías de residencia conferidas mediante normativas distintas del DL 1.094, como las conferidas mediante el *Convenio de tránsito de personas entre las ciudades de Arica y Tacna*. Por otra parte, la Ley N° 19.581 de 1998 hace referencia a los nacionales de Estados que sean fronterizos con Chile y con domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional, permitiendo su ingreso mediante la tarjeta vecinal fronteriza y por un plazo no mayor a 7 días.

El DL 1.094 también prevé la tramitación de un visado para la *permanencia definitiva* en su artículo 41. Para optar a la permanencia definitiva es necesario que, previamente, los residentes extranjeros se encuentren bajo alguno de los siguientes *estatus* migratorios: a) Extranjero con contrato como dependiente de un empleador; b) Visa de estudiante; c) Residente con vínculo con chileno; d) Residente con visa temporaria para hijo de extranjero transeúnte; e) Residente con visa temporaria como religioso; f) Residente con visa temporaria como inversionista, honorario o rentista; g) Residente con visa temporaria como jubilado; h) Residente con visa temporaria para menor de 18 años no acompañado por sus padres; i) Cónyuge de funcionario chileno del servicio exterior; j) Residente con visa oficial (personal

<sup>1230</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 46.

<sup>1231</sup> Véase, artículo 5 del DL 1.094.

<sup>1232</sup> Este tipo de residencia se encuentra regulada entre los artículos 23 y 26 del DL 1.094 y los artículos 35 al 44 del Reglamento y se otorga al extranjero que ingresa a Chile con el objeto de cumplir un contrato de trabajo. También abarca a aquellos que, encontrándose en el país, tienen la intención de radicarse en él con el mismo fin. Además, se les otorgará a su cónyuge, padre e hijos, tanto si son de ambos cónyuges o solo de uno de ellos, siempre que estos familiares vivan a expensas del titular del permiso. Dicha condición de dependiente se manifiesta en que las personas beneficiadas por esta visa no pueden realizar actividades remuneradas en el país.  
<sup>1233</sup> Este visado se otorga a los extranjeros que logran acreditar tener vínculos de familia o interés en el país, siendo necesario, además, que su residencia sea *útil y ventajosa*. Se otorga por el período de un año, renovable hasta completar dos años, posterior a lo cual, se debe solicitar la permanencia definitiva o abandonar el país. Al igual que en el caso anterior, se podrá otorgar el mismo tipo de visa a los miembros de la familia del solicitante que vivan con él, entendiéndose por estos, el cónyuge, padres o hijos de ambos o de uno de ellos, según señala el artículo 49 inciso 2° del Reglamento. Debido a sus condiciones de dependientes, no podrán ejercer actividades remuneradas en el país. Este tipo de residencia se encuentra regulada entre los artículos 29 y 33 bis del DL 1.094 y los artículos 49 al 52 del Reglamento.

<sup>1234</sup> Esta se otorga a los extranjeros que llegan a Chile con el objetivo de realizar estudios como alumnos regulares. Este tipo de visado no permite realizar otras actividades en el país de tipo remunerativo salvo autorización previa. El plazo por el cual se concede este visado es de un año, sin embargo, para aquellas personas que posean becas, se les entregará por el plazo que dura la misma. Además, es renovable hasta completar los estudios, luego de lo cual el estudiante podrá solicitar la residencia definitiva. Este tipo de residencia se encuentra regulada en los artículos 27 y 28 del DL 1.094.

administrativo o de servicio); k) Residente con visa temporaria como hijo de padres chilenos nacionalizados extranjeros; l) Residente con visa temporaria como ex chileno nacionalizado extranjero; m) Visa sujeta a contrato o temporaria que se desempeñan como tripulantes; y, n) Residente vinculado con familiar que posea permanencia definitiva. Si se logra acreditar ante la autoridad migratoria alguno de los estatus migratorios antes señalados, se podrá optar a la permanencia definitiva en Chile.

Al referimos al otorgamiento de visas –así como a su eventual revocación con todas las consecuencias que ello implica– hemos de acotar que nos estamos refiriendo a procedimientos administrativos. Por ello, aquí consideraremos lo contenido en la Ley N° 19.880 de 2003 (en lo sucesivo, LBPA). En esta ley se incardinan los principios y reglas de interpretación que permean todo el sistema de elaboración de los actos administrativos. Recordemos que la LBPA contiene regulaciones que operan como pautas de interpretación o criterios hermenéuticos, informando a nivel de principios una ley de procedimiento administrativo especial<sup>1235</sup>. Además, esta Ley también tiene carácter supletorio en aquellos aspectos que no son regulados por el DL 1.094. La jurisprudencia chilena ha señalado que esta supletoriedad “...importa que sus principios y normas son aplicables en todos aquellos procedimientos que actualmente tiene la Administración, se encuentren o no en regulación legal. Los que tengan ordenación de ley se les aplicará en lo específico la norma especial, mientras que a los que carezcan de ese estatuto, se les aplicara íntegramente dicha ley”<sup>1236</sup>.

Apuntar a la supletoriedad de la LBPA en asuntos migratorios resulta aquí oportuno, a fin de poder recurrir a la aplicación de sus principios en los supuestos bajo los cuales la ley no ha establecido un procedimiento particular y en los que resulta necesario que las actuaciones de la Administración se ajusten a las exigencias de racionalidad y justicia<sup>1237</sup>. De tal suerte, la LBPA consagraría ciertos derechos al inmigrante –en su calidad de administrado– que no son resguardados en la práctica migratoria chilena.<sup>1238</sup>

Otro aspecto que conviene revisar es el relativo a los rechazos de visación y el acto revocatorio de derechos de visación ya otorgados. Ello obedece a que la consecuencia de un rechazo o revocación de visación es el *abandono voluntario* del territorio chileno por parte del inmigrante, según el DL 1.094, artículo 67, párrafo 10° del Título I, en caso de que este abandono voluntario no ocurra dentro del plazo señalado. La revocación no es una potestad administrativa específica sino uno de los resultados posibles del ejercicio de la potestad de revisión de los actos administrativos<sup>1239</sup>. La Contraloría General de la República (en lo sucesivo, CGR) ha precisado que la *revocación* “consiste en la necesidad de retirar un acto administrativo, que es válido, del ordenamiento jurídico, dejándose sin efecto por la propia autoridad que lo dictó, en consideración a que vulnera el interés público general –esto es, por razones de justicia y no de legalidad–, decisión que, por ende, se funda en razones de mérito, conveniencia u oportunidad, entendiéndose limitada por la consumación de los efectos de aquel o por la existencia de derechos adquiridos...”<sup>1240</sup>.

Las revocaciones solo operan respecto de visados ya concedidos y en sí, corresponde a un acto administrativo de la autoridad migratoria que, por hechos o actuaciones personales

<sup>1235</sup> CELIS (2016) p. 90.

<sup>1236</sup> CS, *Klaus Storch Kruger contra Dirección General de Aguas* (2011, rol n° 256-2009) considerando 15°.

<sup>1237</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 83.

<sup>1238</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 161.

<sup>1239</sup> SANTAMARÍA (2018) p. 206.

<sup>1240</sup> Contraloría General de la República, *Dictamen n° 96.610*, de 2015.

sobrevinientes del residente posteriores a la concesión del permiso de residencia o visado, o por haber tomado conocimiento en forma posterior a dicho otorgamiento de tales hechos previos procede a dejar sin efecto este, ordenando como regla general el abandono voluntario del país<sup>1241</sup>.

Recordemos que los artículos 62 al 66 del DL 1.094 hacen referencia a las facultades de revocación de visados con las que cuenta la autoridad migratoria. Aunque el aludido Decreto Ley contempla de forma genérica las facultades de revocación, ante estos supuestos hemos de verificar previamente si se trata de: a) una *revocación en sentido estricto*; b) de una *invalidación* del acto administrativo; o bien, c) de una *revocación tipo sanción*, en atención a lo que regula la LBPA. Hemos de aclarar que, en su artículo 53, la LBPA se ha referido a la *invalidación* del acto administrativo<sup>1242</sup> como una noción diferente a la *revocación*<sup>1243</sup>. La *invalidación* debe ser entendida como la facultad de la Administración Pública de volver sobre sus actos propios –ya sea de oficio o a petición de parte–, para revisar y retirar por sí misma actos administrativos *viciados, irregulares o contrarios al ordenamiento jurídico*, mediante un acto invalidatorio de signo contrario<sup>1244</sup>.

Lo anterior reviste de interés porque el DL 1.094 en su párrafo 10° del Título I regula los rechazos de visaciones o permisos y el acto revocatorio de derechos otorgados, mientras que, la LBPA en su artículo 61 solo se limita a señalar las causales de procedencia para la revocación de los actos administrativos<sup>1245</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia judicial entiende respecto de la facultad de revocación que: “(...) ante nuevos escenarios fácticos o necesidades públicas cambiantes, aparece razonable dotar a la Administración de una especial potestad revocatoria que sea de su exclusiva y discrecional competencia, a fin de eliminar los efectos inconvenientes o inoportunos de un acto administrativo”<sup>1246</sup>. Por ello, las facultades de revocación contenidas en el artículo 65 del DL 1.094<sup>1247</sup> se refieren a facultades de *revocación en sentido estricto*, ya que obedecen a criterios de oportunidad de la Administración Pública; en tanto que las causales señaladas en el art. 65 n° 1 y 3 del citado DL 1.094, disponen la *revocación con efectos sancionatorios* para aquellos que –con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso del que son titulares– realicen alguno de las conductas comprendidas en los números 1 o 2 del artículo 15 del referido decreto<sup>1248</sup>. Por último, el artículo 65 numeral 2 del DL 1.094 prevé causales de *invalidación* del acto administrativo<sup>1249</sup>. Estas diferencias *sutiles* –que serán abordadas con posterioridad– revisten de interés respecto de los efectos procesales que de tales actos se desprenden.

<sup>1241</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 105.

<sup>1242</sup> Ley N° 19.880, de 2003, artículo 53.

<sup>1243</sup> FLORES (2016) p. 229.

<sup>1244</sup> MILLAR (2013) p. 383.

<sup>1245</sup> Ley N° 19.880, de 2003, artículo 61.

<sup>1246</sup> CS, *Figueroa Pozzi Hernán Ramiro contra Isapre Banmedica S.A* (2011, rol n° 6379-2011).

<sup>1247</sup> Decreto Ley N° 1.094, de 1975 artículo 15 N°s 3, 4, 5 y 6 señala las causales de revocación. Otros supuestos de revocación por razones de oportunidad están en el art. 66 en relación con el art. 64 numerales 1, 3 y 4, en inciso final.

<sup>1248</sup> Decreto Ley N° 1.094, de 1975 artículo 15. Otros supuestos de revocación-sanción son los señalados en el Decreto Ley N° 1.094, de 1975 art. 66 en relación con el art. 64 numerales 2, 6, 7 y 8.

<sup>1249</sup> Decreto Ley N° 1.094, de 1975, artículo 65. Otros supuestos de invalidación contemplados en el Decreto Ley 1.094 bajo la denominación de *revocación*, son los contenidos en el art. 65 n° 1, en relación con el art. 15 n° 7 y art. 65 n° 3 en relación con el art. 63 n° 1 y 4.

La legislación migratoria chilena también contempla la imposición de sanciones en caso de infracción a las normas contenidas en el DL 1.094. Este aspecto resulta de interés en esta revisión generalizada ya que, una de las sanciones previstas por el referido Decreto en caso de infracción es *la expulsión* de inmigrante. Aunque no todas las sanciones migratorias estén aparejadas a infracciones propiamente dichas, la sanción debe ser entendida como aquella impuesta frente a la comisión de cualquier hecho determinado por la legislación<sup>1250</sup>. El DL 1.094 contempla diferentes tipos de sanción: la amonestación por escrito, la multa, la petición de renuncia, la privación de libertad y la expulsión del país<sup>1251</sup>.

Recapitulando entonces, el proceso de expulsión puede iniciarse por una solicitud del propio afectado, al pedir una visa cuyo otorgamiento es rechazado, o por iniciativa de la autoridad ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones que establece el DL 1.094. Esta expulsión puede ser adoptada mediante *decreto fundado* o mediante *resolución exenta del trámite de toma de razón*<sup>1252</sup>. En esta sección solo atenderemos aquellas causales cuya comisión traen aparejadas la expulsión del país y por ende justifican la detención administrativa del inmigrante con tales fines, por ser este nuestro objeto de estudio. Según lo estipulado en los artículos 65 y 66 del DL 1.094, respectivamente, las causales que implican la disposición de expulsión del territorio pueden ser *imperativas* o *facultativas*, diferenciando aquí aquellas causales en las que la orden de expulsión debe ser decretada obligatoriamente respecto de aquellas que quedan a discrecionalidad de la autoridad administrativa encargada. Así podemos observar las siguientes causales:

A) Imperativas: a) *Ingreso/egreso o uso con fines migratorio de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona*, de acuerdo con el artículo 68 del DL 1.094: serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, y *deberá* disponerse además su expulsión tan pronto cumpla la pena de presidio antes señalada; b) *Ingreso/egreso clandestino*, según el artículo 69 inciso 1° del DL 1.094: serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo, y se dispondrá además su expulsión tan pronto cumpla la pena de presidio antes señalada; c) *Simulación o fraude en la celebración de un contrato de trabajo, con el objeto de que se le otorgue a un extranjero una visa de residencia sujeta a contrato, en caso de reincidencia*, artículo 75 inciso 1° del DL 1.094: se sancionará al inmigrante con la expulsión del país; d) *Ingreso reiterado al país por parte del extranjero existiendo en su contra una medida de expulsión o abandono*, artículo 87 incisos 1° y 2° del DL 1.094: expulsión sin necesidad de un nuevo decreto y en caso de reiteración será sancionado con pena de presidio menor en su grado máximo a medio debiendo disponerse su expulsión tras el cumplimiento de la pena; e) *No dar cumplimiento a la medida de abandono voluntaria del país*, según el artículo 67 del DL 1.094: La parte final de este precepto legal señala que al vencimiento del plazo no inferior a 72 horas, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se *dictará* el correspondiente decreto fundado de expulsión.

B) Facultativas: a) *Residencia irregular*, de acuerdo con el artículo 71 del DL 1.094: la autoridad impondrá multa de 1 a 20 sueldos vitales y *podrá* disponer su abandono

<sup>1250</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 143.

<sup>1251</sup> Cfr. DL N° 1.094 en sus artículos 68-77 y 81-90; y artículos 145-156 y 164-167 de Decreto 597 de 1984.

<sup>1252</sup> Respecto de la resolución exenta del trámite de toma de razón, la CS ha precisado que esta modalidad de expulsiones se aplica “cuando se trate de extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido” (CS, *Yanuris Andes Caicedo* (2011, rol n° 8759-2011) considerando 3°. Con criterios similares, véase CS, *Sugey Dinora Belalcazar* (2011, rol n° 8064-2011).



obligado del país a aquellos que hayan seguido residiendo en el país tras vencerse su respectivo permiso, sea de turismo o de residencia; b) *Incumplimiento de la obligación de inscribirse en los registros de la policía, de obtener cedula de identidad y de informar a la autoridad el cambio de domicilio o de actividades*, de acuerdo con el artículo 72 del DL 1.094: la autoridad impondrá multa de 1 a 20 sueldos vitales y *podrá* disponer su abandono del país o su expulsión en caso de infracciones graves o reiteradas; c) *No pagar una multa impuesta con motivo de una infracción migratoria*, según el artículo 80 inciso 2° del DL 1.094: se trata de una expulsión facultativa en caso de que la multa no sea pagada dentro de los 15 días hábiles contados desde la resolución que impone la multa; d) *Eludir medidas de control y traslado que imponga la autoridad policial*, según el artículo 82 del DL 1.094: se trata de una expulsión facultativa aplicable a los casos en los que el inmigrante –estando sujeto a una medida de control, consistente en la fijación de una localidad de permanencia y la comparecencia periódica y obligatoria ante una determinada unidad policial- infrinja las medidas de control y traslado impuestas; e) *Entrada al país en contravención de los impedimentos de ingreso*, según el artículo 17 del DL 1.094: se trata de una expulsión de índole facultativa aplicable a aquellos casos en los que el inmigrante ingrese al territorio chileno a pesar de estar inmerso en alguna de las prohibiciones de ingreso estipuladas en el artículo 15 del DL 1.094<sup>1253</sup>; f) *Incurrir en alguna causal de impedimento de ingreso durante la residencia*, según el artículo 17 del DL 1.094: La parte final de este precepto legal señala que aquellos residentes que incurran en las causales de impedimento de ingreso contenidas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 15 del DL 1.094, también podrán ser expulsados del territorio nacional.

De la enumeración anterior podemos observar que existen variadas hipótesis de expulsión. También se observa un equilibrio en cuanto a la cantidad de causales que dan origen a una expulsión obligatoria respecto de aquellas que son de tipo facultativo. No obstante, en la descripción de todos estos supuestos se puede observar la falta de precisión que permita la ponderación de otras circunstancias –aunque estas no necesariamente den pie a la configuración de la causal, tales como, el tener hijos de nacionalidad chilenos menores de edad, entre otras– y que han conllevado a que el inmigrante se encuentre en una situación enmarcada dentro de tales causales. Ello incide negativamente en el resguardo de los derechos que le asisten al inmigrante. Así, por ejemplo, respecto de las causales de expulsión de tipo facultativo, se puede observar que la autoridad encargada no cuenta parámetros de acción claramente definidos en la ley. La existencia de este tipo de facultades o prerrogativas no es necesariamente problemática. Sin embargo, cuando el objeto a regular son los derechos y garantías fundamentales de las personas, es menester aplicar –en este ejercicio de restricción de derechos fundamentales– un *examen* de proporcionalidad a las facultades de expulsión contenidas en el DL 1.094. Ello permitiría exponer el objetivo constitucionalmente legítimo que faculta a la Administración del Estado para realizar un trato diferenciado entre nacionales y no nacionales<sup>1254</sup>.

Además, dicha normativa fundamenta sus sanciones en la protección de bienes jurídicos relevantes para el Estado, tales como la seguridad nacional, el orden público, o la seguridad pública, entre otros, pero en ausencia de criterios legales que permitan orientar la

<sup>1253</sup> El artículo 15 del DL 1.094 contiene una serie de impedimentos o *prohibiciones de ingreso* aplicables a los extranjeros que se encuentren incurso en tales causales de los numerales 1 al 8.

<sup>1254</sup> GALDAMEZ y LAGES (2016) p. 26.

ponderación o proporcionalidad en la determinación y aplicación de dichas medidas<sup>1255</sup>. Así, se observa su incompatibilidad con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, al no garantizar los derechos humanos de las personas extranjeras residentes en el país<sup>1256</sup> al momento de proceder a su expulsión. En este sentido, las medidas de expulsión y detención deben ser debidamente justificadas para asegurar el resguardo de la igual dignidad que comparten todas las personas independientemente de su condición de nacionales o extranjeros y evitar que la decisión administrativa sea de carácter arbitrario.

También es pertinente aquí referirnos al tiempo de duración o vigencia de las medidas de expulsión, a fin de desarrollar otros descargos. Según el referido artículo 90 del DL 1.094, dichas medidas de expulsión tienen una duración ilimitada, sin plazo fijo para las prohibiciones de entrada<sup>1257</sup>, y ni el hecho de otorgarse en el exterior alguna visación deroga el decreto de expulsión o la medida que impuso el abandono obligatorio del territorio nacional<sup>1258</sup>. Por ello, la derogación de esta medida de expulsión solo se logra si esta medida es revocada<sup>1259</sup>. A fin de impedir la vulneración de derechos –y evitar los trámites adicionales para instar por la revocación de la medida–, si no se ha adoptado la misma por un período determinado, se debieran contemplar causales de expiración de la prohibición, sea por el transcurso del tiempo, sea por el cambio de circunstancias que motivaron la expulsión en su oportunidad. En este orden de ideas, las causales de los artículos 15 N° 6 y 16 N° 4 del DL 1.094 –haber sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto y el caso del menor no acompañado– no se encuentran instauradas de manera satisfactoria, pues no sólo no tienen relación con la seguridad pública, sino que eventualmente su aplicación puede constituir una transgresión de otros derechos. Respecto de los casos en los que se prohíbe *ad eternum* el ingreso de aquellos extranjeros que han sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto, debieran contemplarse causales de expiración de la prohibición la disposición; en tanto que, respecto de la disposición que permite impedir el ingreso de menores de edad no acompañados, parece inadecuada conforme a las normas internacionales que los protegen y disponen de un especial trato dada su alta vulnerabilidad<sup>1260</sup>. Como lo sostiene Nash, la facultad que poseen los Estados para restringir el ejercicio de derechos está limitada por el derecho internacional, que exige cumplir ciertas condiciones –siempre orientadas por el criterio de proporcionalidad y bajo las cuales se autoriza la restricción– cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado<sup>1261</sup>.

---

<sup>1255</sup> BASSA y TORRES (2015) p. 115.

<sup>1256</sup> Para más información, véase sitio web oficial del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2018: Situación de los derechos humanos en Chile*, p. 58, disponible en: <<https://www.indh.cl/destacados-2/informe-anual-2018/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1257</sup> OLEA (2013) p. 24.

<sup>1258</sup> Cfr. artículo 87 inciso final del DL 1.094, de 1975.

<sup>1259</sup> El artículo 84 del DL 1.094 de 1975 establece que *las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento*).

<sup>1260</sup> DÍAZ (2016) pp. 192-193.

<sup>1261</sup> NASH (2010b) pp. 68-69.

### 3.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

Cualquier persona que se encuentre bajo custodia corre peligro de ser torturada o expuesta a tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Sin embargo, algunas personas corren más riesgos que otras. Desde los diferentes organismos internacionales para la protección de los inmigrantes se alude a su vulnerabilidad durante la detención y durante la expulsión. Ello requiere, entre otros aspectos, de legislaciones que permitan la protección de sus derechos ante tales circunstancias. Pese a ello, la legislación migratoria chilena vigente solo se limita a establecer las condiciones para la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio, pero nada establece sobre la protección de los derechos humanos del inmigrante, ni mucho menos contiene disposiciones en lo que atañe a su derecho a la integridad personal. Solo unos pocos extractos pueden obtenerse de un minucioso escrutinio.

En cuanto la detención de extranjeros en situación irregular, el DL 1.094 de 1975 se muestra inexacto en ciertos parámetros. En efecto, su artículo 81 es tajante al estipular que el extranjero que ingrese al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas, así como la no observación de sus prohibiciones -o la continuidad de la permanencia en Chile no obstante haberse vencido el respectivo permiso-, será sujeto al control inmediato de las autoridades y podrá ser *trasladado* a un *lugar habitado* del territorio de la República, mientras se regulariza su estada o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes<sup>1262</sup>.

Así, en dicha prescripción se señala que el extranjero se *trasladará a un lugar habitado*, lo que tiene implicaciones respecto del derecho de libre circulación del inmigrante que se vería coartado por este *traslado*, del cual no se ofrecen en dicha normativa mayores detalles. Aquí no se especifica si el inmigrante ha de quedar en calidad de detenido ante dicha autoridad o de cuánto tiempo se dispone para efectuar tal traslado, por mencionar algunas interrogantes. Y el artículo 84 del DL 1.094 solo especifica que el objeto de las medidas de traslado será el de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, es decir, la Dirección General de Investigaciones –o en su ausencia Carabineros de Chile– según lo señala el artículo 10 del referido Decreto.

Las anteriores imprecisiones resultan de interés capital cuando se trata de cumplir con la obligación de optimizar la aplicación de los preceptos internacionales a las realidades jurídicas aquí reguladas. No podemos olvidar que la CPR contempla el resguardo de la dignidad inherente a todo ser humano, lo que exige a su vez un trato digno para los inmigrantes en condiciones de igualdad respecto de los nacionales. En este sentido, el derecho fundamental como norma de principio impone que determinado comportamiento reciba una protección jurídica preferente frente a otros en determinadas circunstancias, dado que la preferencia y su necesaria imposición a todos los sujetos del ordenamiento jurídico viene establecida en una norma de rango constitucional y no por voluntad de quien deba hacer efectiva dicha preferencia<sup>1263</sup>. Pero la ley no contiene mayores detalles al respecto y si mucha discrecionalidad a la autoridad competente como lo veremos más adelante.

Por su parte, el proceso de expulsión puede iniciarse cuando el propio afectado solicite una visa cuyo otorgamiento sea rechazado, o por iniciativa de la autoridad ante el

<sup>1262</sup> Cfr. Artículo 81 de DL 1.094 de 1975.

<sup>1263</sup> VILLAVERDE (2002) p. 331.

incumplimiento de alguna de las obligaciones que establece el DL 1.094<sup>1264</sup>. Este decreto en su artículo 89 señala que el extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente de esta expulsión. Durante la tramitación de esta *acción de reclamación* –sobre la que ahondaremos con posterioridad–, el extranjero afectado *permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen*. En esta disposición se observa la imposición de una medida de privación de libertad en un lugar o establecimiento carcelario bajo condiciones imprecisas. El referido artículo señala que este lugar puede ser *un centro carcelario* –lo que contraría las disposiciones de los instrumentos internacionales relativas a la separación de los inmigrantes detenidos respecto de los presos ordinarios, así como que la detención sea ejecutada en lugares especializados para ello, que reúnan las condiciones mínimas de detención– o, *un lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen*, redacción que evidentemente dota de una amplia discrecionalidad a la autoridad encargada, posibilitando con ello la vulneración de los derechos del detenido ante la ambigüedad con la que el referido precepto se refiere al lugar de detención. No debe olvidarse que, si bien el DL 1.094 dota a la autoridad de cierta discrecionalidad administrativa –entendida como el margen de actuación o interpretación que el ordenamiento otorga a la administración<sup>1265</sup>– esta debe ejercer dicha potestad discrecional respetando el ordenamiento jurídico en su integridad, decidiendo de forma razonable, conveniente, proporcional, oportuna, eficaz y prudente en miras al bien común, cuidando no sólo de no incurrir en una ilegalidad sino que también evitando caer en la arbitrariedad<sup>1266</sup>. Pero con la redacción del precepto *in comento* no existen parámetros legales que permitan medir el rango de actuaciones de la autoridad.

Interesante resulta–como un aporte positivo ante tales falencias–, lo regulado por el artículo 16 de la directiva retorno de la UE. Según este precepto, el internamiento debe realizarse por regla general en lugares especializados de detención, para brindar un trato diferente al inmigrante respecto del que reciben los presos comunes. Si un Estado tiene que recurrir a prisiones comunes -por motivos de infraestructura- subsiste el deber de separarles de la población carcelaria a los efectos de evitar su estigmatización como criminales. Recordemos que el artículo 18 de esa normativa europea prevé que, para casos excepcionales, se debe tener en cuenta los derechos fundamentales que asisten a los detenidos. Por ello, se evitar situaciones de hacinamiento, traslados repetidos y los efectos que puedan perjudicar el bienestar de la persona retornada, especialmente cuando se trate de personas vulnerables. Ni siquiera el comportamiento agresivo o inapropiado de las personas retornadas justifica su internamiento junto con presos comunes. En todo caso, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables. Aunque mediante esta normativa europea no se regulan determinadas condiciones materiales del internamiento, si se prevé que las personas en régimen de internamiento deben recibir un trato digno y humano. También se contempla la posibilidad de efectuar visitas a los centros de internamiento por parte de organizaciones y los organismos nacionales e internacionales, brindando indicios de transparencia.

---

<sup>1264</sup> LAWSON y RODRÍGUEZ (2016) p. 223.

<sup>1265</sup> CIRIANO (2000) p. 85.

<sup>1266</sup> CARRASCO (2012) p. 69.

El DL 1.094 contempla varias causales para proceder a la expulsión<sup>1267</sup>, pero nada dice respecto de la protección de los derechos del expulsado, ni respecto del principio de *non refulement*. Por ello, respecto de los cambios que deben operarse en la legislación migratoria chilena, se ha señalado que ningún Estado debe –por expulsión o devolución– poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. Ello implica asegurar que no se rechace en la frontera a personas que buscan refugio sin permitirles la presentación de una solicitud de refugio y su tramitación de acuerdo a las normas legales<sup>1268</sup>. Así, aunque el poder del Estado territorial es muy amplio, éste no puede incurrir en situaciones de arbitrariedad<sup>1269</sup>. Por ello, se suele reconocer el derecho del interesado a un recurso frente a la decisión de expulsión, así como la garantía de que ésta no sea ejecutada de modo excesivamente rápido o vejatorio<sup>1270</sup>.

Las anteriores disposiciones del DL 1.094 son las únicas que pueden ser observadas en relación con las condiciones mínimas en la detención de inmigrantes y su posterior expulsión. Nada sanciona el referido Decreto Ley respecto de las condiciones de salubridad y atención médica que deben ser brindadas al detenido tan pronto ingresa al centro de detención, ni durante la duración de esta. Mucho menos se hace referencia a los derechos de atención sanitaria, facilidades y tiempo para la recreación o esparcimiento del detenido, provisión de servicios básicos relativos a su higiene, alimentación, lugar de descanso, que indudablemente deben ser proporcionadas al detenido en la espera de su expulsión. También se echa en falta aquellas disposiciones relativas a la protección especial dirigida a grupos vulnerables. En este sentido, otro aporte de interés para subsanar tales falencias lo observamos en la directiva retorno (según su artículo 14), en el que se garantizan un conjunto de condiciones básicas relativas a la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades y la consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables. Esta atención especial supone garantizar la debida consideración a factores como la edad, la discapacidad y el estado de salud física y mental de la persona de que se trate. No obstante, resulta indiscutible que mientras estas falencias no sean subsanadas, solo hacen de la legislación migratoria vigente un obstáculo insalvable en la protección de la integridad del detenido/expulsado y no un instrumento legal que permita la defensa de los derechos que le asisten a los inmigrantes en este ámbito.

### 3.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

La igualdad y el respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los miembros de la familia son esenciales para el bienestar familiar y de la sociedad en su conjunto. La familia -célula fundamental de la sociedad- merece una protección

<sup>1267</sup> Cfr. artículos 62 al 71 y 82 al 87 del DL 1.094 de 1975.

<sup>1268</sup> Para más información, véase sitio web oficial de AMNISTIA INTERNACIONAL, *Chile sin barreras: Por una nueva Ley de Migración, Hacia la construcción de una legislación con enfoque de derechos humanos*, p. 2, disponible en: <<https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2017/03/Hacia-la-construcción-de-una-legislación-migratoria-con-enfoque-de-derechos-humanos-en-Chile.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1269</sup> Para más información, véase sitio web oficial de AMNISTIA INTERNACIONAL, *Chile sin barreras: Por una nueva Ley de Migración, Hacia la construcción de una legislación con enfoque de derechos humanos*, p. 2, disponible en: <<https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2017/03/Hacia-la-construcción-de-una-legislación-migratoria-con-enfoque-de-derechos-humanos-en-Chile.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1270</sup> ARLETAZZ (2014) p. 15.

especial de parte de la legislación. Sin embargo, el DL 1.094 nada contempla en relación con su protección. En base a ello, podemos efectuar las siguientes consideraciones.

Algunas disposiciones del DL 1.094 podrían ser empleadas por el inmigrante para propender al resguardo de su derecho a la vida familiar. Aquellas relativas al otorgamiento de visados de residencia destinadas a los miembros de un grupo familiar determinado. La legislación migratoria chilena no menciona expresamente el resguardo de este derecho, lo que trae como consecuencia que el inmigrante deba recurrir a los visados de ley para acceder por su cuenta a los derechos que le asisten en este ámbito. Esto se ha traducido en una aplicación casuística por parte de la autoridad competente en el uso de las facultades que le otorga el Decreto Ley N°1.094 de forma no sistematizada sino a criterio de la autoridad otorgante. Ello también se traduce en la adopción de medidas administrativas que prevén la detención y expulsión del inmigrante sin tomar en cuenta su situación familiar.

Ante estas falencias, las previsiones contenidas en la directiva retorno pueden suponer un aporte positivo a considerar. Esta normativa europea garantiza un conjunto de condiciones básicas que tienen como objetivo primordial el mantenimiento de la unidad familiar respecto de sus integrantes presentes en el territorio del que se trate. Así, a la hora de alojar/detener a familias se respetará el principio de la unidad familiar. También se debe garantizar, durante la detención administrativa, el acceso para los menores –en función de la duración de su estancia– al sistema de enseñanza básica y asistencia de los servicios pertinentes teniendo debidamente en cuenta el interés superior del menor. Asimismo, respecto de las figuras de los menores no acompañados y familias con menores de edad, en esta normativa se regula la detención como último recurso y por períodos breves, caso en el que las familias deben permanecer unidas y en lugares separados del resto de los detenidos para garantizar su intimidad.

No obstante, la normativa migratoria chilena tampoco regula estándares aplicables en los casos de detención y expulsión de inmigrantes en los que se vea afectado su núcleo familiar. Por ello, ni el Ministerio del Interior y Seguridad Pública ni las respectivas intendencias, consideran en sus resoluciones razonamientos que permitan deducir si ha existido, por ejemplo, un ejercicio de ponderación entre la falta cometida y la sanción impuesta, o si se ha considerado el efecto o consecuencias que la expulsión tendrá en la afectación de otros intereses en disputa como la protección de la familia o los derechos de los niños y niñas que forman parte del grupo familiar<sup>1271</sup>. Los niños necesitan una atención y una protección especiales, ya que la infancia es el momento en el cual el ser humano es más vulnerable. La falta de determinación de la ley puede conducir a errores en su aplicación, pero estos actos administrativos serían contrarios al bloque de constitucionalidad antes desarrollado. Aquí reviste de interés el tratamiento jurisprudencial chileno a estas falencias normativas, cuya revisión efectivamente se encuentra más adelante (véase, *Parte Segunda, Capítulo III, 2.2. Sobre la Constitución Política de la República de Chile*). Las disposiciones de directiva retorno también nos pueden auxiliar. Esta normativa europea señala que antes del retorno de un menor no acompañado se debe practicar una evaluación individual que tenga en cuenta el interés superior del niño y sus necesidades particulares, a través de un equipo multidisciplinar. Asimismo, antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, la autoridad correspondiente debe asegurarse que este será

---

<sup>1271</sup> LAWSON y RODRÍGUEZ (2016) p. 224.

entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Otra falencia que se observa está relacionada con la falta de motivación de los actos administrativos de fondo que expiden las autoridades correspondientes, en aplicación del artículo 84 del Decreto en comento. Este precepto contiene causales carentes de motivación que muchas veces se traducen en afectación del derecho a la vida privada y familiar. Así, la autoridad administrativa rechaza solicitudes, revoca permisos de permanencia, decreta órdenes de abandono y resuelve expulsiones, con resultados negativos dirigidos no solo al interesado sino también a su familia, quien muchas veces se ve imposibilitado para hacer uso adecuado de los pocos recursos legales para objetar estos actos<sup>1272</sup>. En este contexto, el Departamento de Extranjería y Migración (en lo sucesivo, DEM) se rehúsa a ponderar derechos y continúa expulsando a miembros de la familia<sup>1273</sup>. Similares problemáticas se presentan para los migrantes en situación de vulnerabilidad cuyo derecho a la familia no es tenido en cuenta como uno de los aspectos a considerar para la revocación de órdenes de abandono o de decretos de expulsión, salvo que se trate de personas que lleven varios años en el país y que hayan formado una familia, ya sea con un nacional o con otro extranjero, y que tengan hijos nacionales<sup>1274</sup>. Estas actuaciones también interfieren negativamente con el resguardo de la unidad familiar. Relevancia adquieren aquí las previsiones de la directiva retorno. Para esta normativa, el interés superior de niño debe ser tenido en cuenta en los procedimientos de retorno, junto a la vida familiar, el estado de salud de la persona afectada y el principio de no devolución. Y si la obligación de retorno no se efectúa en el periodo de salida voluntaria, se debe velar por el cumplimiento de la decisión de retorno de manera gradual y proporcionada, con medidas menos coercitivas posibles y respetando debidamente los derechos fundamentales.

La falta de especificidad en cuanto a las medidas de expulsión y su duración también afecta la vida privada y familiar. El DL 1.094 no contempla un plazo de duración de las prohibiciones de entrada, configurándose así una sanción indefinida que impacta a muchas familias. Ello exige limitaciones en el tiempo de duración<sup>1275</sup>, para evitar la vulneración de estos derechos. Recordemos que solo la ley puede dar contenido y limitación a los derechos fundamentales, principio que es una pieza clave del estado de derecho<sup>1276</sup>. Por ello, la referida legislación migratoria debiera consagrar como principio el cuidado de la familia<sup>1277</sup>. Ello exige la no expulsión de los padres y madres de niños chilenos y extranjeros radicados en Chile, entendiendo que la expulsión de un miembro de la familia conlleva a la violación de derechos para el resto de sus miembros<sup>1278</sup>. Y se debe efectuar la ponderación pertinente<sup>1279</sup> respecto del establecimiento de las sanciones de expulsión de inmigrantes.

---

<sup>1272</sup> ARAVENA (2013) p. 35.

<sup>1273</sup> OLEA (2013) p. 23.

<sup>1274</sup> ARAVENA (2013) pp. 27, 31.

<sup>1275</sup> OLEA (2013) pp. 21-26.

<sup>1276</sup> GÓMEZ (1997) p. 190.

<sup>1277</sup> TORREALBA (2013) p. 11.

<sup>1278</sup> OLEA (2013) p. 23.

<sup>1279</sup> TORREALBA (2013) p. 14.

Algunas previsiones del DL 1.094 han sido objeto de modificaciones legislativas, con el propósito de lograr su actualización<sup>1280</sup>. No obstante, la falta de principios orientadores, derechos y deberes –debido a que el decreto de ley es estrictamente normativo, careciendo de menciones explícitas a los derechos de que los extranjeros son titulares– se hace patente, sin tomar en cuenta lo contemplado por la CPR, cuyo criterio general es la no distinción por nacionalidad, contemplando materias que sólo aplican a extranjeros<sup>1281</sup>.

### 3.3. Del derecho al debido proceso.

El debido proceso ha sido concebido como el conjunto de garantías procesales, que se manifiestan en la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos en todo tipo de asuntos –contradictorios o no– que se tramitan ante tribunales ordinarios y especiales que ejerzan jurisdicción<sup>1282</sup>. Este derecho debe garantizarse en todas las fases del proceso migratorio y no solo en la etapa de reclamación judicial de una orden de expulsión. En este orden de ideas, a continuación, hemos organizado el análisis de los aspectos que aseguran el debido proceso: a) Procedimiento administrativo de solicitud de otorgamiento de visados; b) Reclamación en sede administrativa ante un rechazo o una revocación de un visado, o una orden de expulsión sancionatoria; c) Reclamación judicial contemplada por el art. 89 del DL 1.094; y, d) Reclamación vía acciones de amparo o de protección.

A) *Procedimiento administrativo de solicitud de otorgamiento de visados*: el debido proceso exige que se brinde oportuna respuesta al solicitante, en los tiempos o lapsos y modalidades establecidas por la ley. No obstante, el DL 1.094 no establece plazo alguno para el cumplimiento de las funciones de la autoridad migratoria<sup>1283</sup>. Aquí será necesario que se

---

<sup>1280</sup> Algunas modificaciones mediante las siguientes normativas: a) Se ha derogado las disposiciones de salida y entrada a los residentes extranjeros en el territorio nacional mediante la Ley N° 19.273, de 1994; b) se ha modificado la legislación migratoria en materia de asilo y refugio, reconociendo el principio de *no devolución* y despenalizando el ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que soliciten refugio o asilo, mediante la Ley N° 19.476, de 1996; c) se crea la categoría de ingreso *habitante de zona fronteriza*, que facilita el ingreso y egreso de quienes cumplan las condiciones entre ciertos países, mediante la Ley N° 19.581, de 1998; y, d) permite a los solicitantes de residencia temporaria y sujeta a contrato, obtener una autorización para trabajar mientras se tramita su permiso de residencia mediante el Decreto N° 2.910, de 2000. Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, disponible en: <[https://www.leychile.cl/Consulta/buscador\\_experto](https://www.leychile.cl/Consulta/buscador_experto)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1281</sup> BELLOLIO y ERRÁZURIZ (2014) p. 90.

<sup>1282</sup> GARCÍA (2014) p. 245.

<sup>1283</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 85. La CS ha sostenido, desde diciembre de 2009, que cuando en un procedimiento administrativo sancionador se incurre en demoras -que se extienden más allá de los plazos establecidos en la LBPA, pero sin alcanzar el plazo de prescripción- se aplica la doctrina del *decaimiento* del procedimiento administrativo. Véase, CS, *Sistema Transmisión del Sur S.A. contra S.E.C* (2009, rol n° 7284-09); Corte Suprema de Chile, *Frontel S. A. contra SEC* (2010, rol n° 7502-2009); Corte Suprema de Chile, *Luzlinares S.A. contra SEC* (2010, rol n° 4923-2010); Corte Suprema de Chile, *Luzparral S.A. contra SEC* (2010, rol n° 4922-2010); Corte Suprema de Chile, *Compañía Eléctrica de Litoral S.A. contra SEC* (2010, rol n° 5228-2010). Sin embargo, respecto de las demoras excesivas en los procedimientos administrativos, son variadas las posiciones doctrinales: Según Vergara, respecto de las demoras excesivas en los procedimientos administrativos se ha argüido en el ámbito jurisprudencial el criterio –no unánime- según el cual los plazos legales con los que cuenta la administración para sus actuaciones no son fatales. A ello se ha agregado que en tales casos de demora opera el decaimiento -aplicable a aquellos casos de demoras excesivas- cuyos efectos son la extinción y pérdida de eficacia de todo acto posterior a la demora de dos años. Sin embargo, para este autor, se trata de una inaplicación del plazo máximo de seis meses contenido en el artículo 27 de la LBPA (VEGARA (2017) p. 177). Por otra parte, según lo ha entendido Bocksang, el decaimiento –como forma de extinción del



garantice la observancia de los principios bajo los cuales de rige el procedimiento administrativo –escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad– en aplicación supletoria del artículo 4 de la LBPA<sup>1284</sup>. Respecto de tales principios, interesa destacar que: a) El *principio de contradictoriedad*, consagrado en el artículo 10 de la LBPA, permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio; b) El *principio de imparcialidad*, establecido en el artículo 11 de la LBPA, impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren a los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos; y, finalmente, c) el *principio de transparencia y de publicidad*, recogido en el artículo 16 de la LBPA, impone el deber de permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él<sup>1285</sup>.

Aquí también son oportunas las consideraciones respecto del *principio de legalidad* de la sanción. Todas las infracciones que originan sanciones o causales para adoptar alguna medida que restrinja derechos fundamentales requieren de un texto expreso en la ley, el cual debe definir tipos claros que no den margen a la interpretación de la autoridad de turno<sup>1286</sup>. En este sentido, la ley debe expresar las composiciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación<sup>1287</sup>, quedando la Administración sujeta a lo preceptuado en dicha ley. No obstante, la legislación migratoria vigente establece un sistema de infracciones con causales muy amplias<sup>1288</sup>. Nos referimos a los conceptos *jurídicos o normativos indeterminados*<sup>1289</sup>, cuyo empleo constituye una ventana abierta a vulneraciones del debido proceso y discrimina debido a la nacionalidad, sin conceder garantías suficientes que permitan a las personas

---

procedimiento– es una figura que no está prevista por la LBPA, por lo que la institución que debiera invocarse es la de la nulidad del acto administrativo que establece la sanción (BOCKSANG (2011) p. 249). Según lo afirma Cordero, los plazos de ley “...no son fatales, de manera tal que, si existe incumplimiento de esos plazos al interior del procedimiento, operan los remedios propios de la terminación anormal del procedimiento” (CORDERO (2011) p. 254).

<sup>1284</sup> Para mayor información sobre la aplicación supletoria de la LBPA respecto de los trámites administrativos del ámbito migratorio, véase, Apartado 3, Parte Segunda, Capítulo II, específicamente en la página 300.

<sup>1285</sup> CS, *Contra Soledad Elizabeth Jauregui* (2015, rol n° 5276-15) considerando 2°.

<sup>1286</sup> DÍAZ (2016) p. 202; TORREALBA (2013) p. 11 y ss.

<sup>1287</sup> ZAGREBELSKY (2003) p. 97.

<sup>1288</sup> Por ejemplo, una de las razones que justifican la adopción de medidas de expulsión están engarzadas en lo contemplado en el artículo 13 del DL 1.094. Por su parte, el artículo 15 del referido DL 1.094 señala prohibiciones de ingreso en sus numerales 1 y 2. También véase, artículo 17 del referido decreto ley. El contenido de estas prescripciones legales nos deja en evidencia que estamos en presencia de causales de expulsión que “...se construyen desde conceptos jurídicos de carácter abierto e indeterminado, tales como ‘utilidad’ o ‘conveniencia’, los que deberán ser valorados directamente por el funcionario que aplica la norma. Lo mismo sucede con las causales legales de expulsión y prohibición de ingreso, que contempla amplios márgenes para la discrecionalidad administrativa, al fundamentar las sanciones en la protección de bienes jurídicos relevantes para el Estado, tales como la seguridad nacional, el orden público o la seguridad pública” (BASSA y TORRES (2015) pp. 103-124).

<sup>1289</sup> PONCE DE LEÓN (2017) p. 64. Por otra parte, según GARCIA DE ENTERRIA (1995) p. 34, aquí nos estamos refiriendo a aquellos conceptos cuyos límites no están precisados con exactitud. Esa indeterminación obedece a que la ley no precisa con precisión la medida concreta para la aplicación de estos conceptos a un caso particular.

sancionadas hacer valer su defensa de forma adecuada<sup>1290</sup>. La CS ha señalado que las razones de *conveniencia* y *utilidad nacional* contenidos en el DL 1.094 son conceptos jurídicos indeterminados. Ello exige que se les otorgue un contenido concreto por parte de la autoridad que los emplea<sup>1291</sup>. La discrecionalidad administrativa en algún momento fue concebida como la facultad de obrar libremente por la administración sin que su conducta este previamente determinada por una regla de derecho<sup>1292</sup>. Sin embargo, el concepto de discrecionalidad administrativa ha superado la idea de la actuación libre de la administración. Así, el TCCh ha señalado que estas facultades discrecionales constituyen una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la CPR, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional<sup>1293</sup>.

Por otra parte, el tema del abandono voluntario –contemplado en el DL 1.094– también permite efectuar ciertas consideraciones desde una perspectiva procesal. Las facultades de revocación de visados antes señaladas –contenidas en los artículos 62 al 66 del referido DL 1.094– se traducen finalmente en la expulsión del inmigrante, para lo cual la autoridad concederá al afectado de un plazo prudencial no inferior a 72 horas, a fin de que *abandonen voluntariamente* el país. Los rechazos y revocaciones que ordenan el abandono voluntario del país deben disponerse mediante resolución fundada y debe notificarse de forma personal o mediante carta certificada de su domicilio registrado<sup>1294</sup>. Aquí es oportuno aclarar que, la mera indicación formal de las circunstancias de hecho y de derecho no constituye estándar suficiente para dar por cumplido el requisito de fundamentación, sino que esta última es necesaria para comprender su justificación y racionalidad<sup>1295</sup>. Con ello se propende al respeto del principio del debido proceso consagrado constitucionalmente en la CPR<sup>1296</sup>. Aquí resulta oportuno traer a colación lo señalado por la jurisprudencia interamericana respecto del resguardo de las garantías del debido proceso durante la detención y expulsión de inmigrantes (también véase, Introducción, sección 3.3.2, letra c). Según estos criterios jurisprudenciales, en los casos de expulsión, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas<sup>1297</sup>. Tales garantías se traducen en: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación, incluyendo 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,

<sup>1290</sup> FRIES (2013) p. 52; DOMÍNGUEZ (2016) p. 199.

<sup>1291</sup> CS, *Ana Plasencia Carbajal y otros contra PDI* (2012, rol n° 7018-2012) considerando 2°.

<sup>1292</sup> PIERRY (1984) p. 162.

<sup>1293</sup> CS, *Contra Anna Schnellenkamp Witthahn* (2014, rol n° 11000-2014) considerando 7°.

<sup>1294</sup> *Cfr.* Arts. 16 y 41 de la LBPA.

<sup>1295</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 112.

<sup>1296</sup> CS, *Comercial Distrihogar Limitada con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Poniente* (2011, rol n° 160-2011) considerando 8°.

<sup>1297</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A n° 21) párr. 112.

que debe estar debidamente motivada conforme a la ley<sup>1298</sup>. Indudablemente que la puesta en práctica de los anteriores criterios jurisprudenciales se traduciría en mayor resguardo del derecho al debido proceso, y constituiría un aporte cuya aplicación constituiría un complemento a las falencias de la legislación migratoria.

El DL 1.094 promueve el *abandono voluntario*, término que también emplea la directiva retorno, para referirse a aquellos actos en los que el afectado de la medida debe abandonar el territorio nacional ante de que se le conmine la salida mediante una medida de expulsión. Ello constituye un aspecto positivo. Empero, en la legislación chilena no se indican los criterios bajo los que se ha de promover esta salida voluntaria y solo dice relación con la ejecución del abandono dentro del plazo señalado. Asimismo, el afectado puede escoger –dentro de ese periodo– el momento para proceder al abandono<sup>1299</sup>. Este plazo contemplado en el DL 1.094 es excesivamente corto, de tan solo 72 horas desde la notificación<sup>1300</sup>. Y, si se trata de personas que de alguna manera tienen un arraigo en el país, dicho lapso resultará insuficiente para proceder de forma voluntaria a la salida.

Si el tiempo para la ejecución del abandono voluntario se venciere sin que el extranjero hubiese cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente *decreto fundado de expulsión*. Aquí hemos de observar algunas particularidades. En muchas ocasiones el *único fundamento* que sostiene la orden de expulsión es el informe técnico de la Policía de Investigaciones, en desmedro de la exigencia de una investigación y un procedimiento racional y justo, vulnerando el derecho a la defensa. También se infringen otras garantías como la defensa técnica especializada, la provisión de intérpretes y traductores y la información sobre el aviso consular, entre otras<sup>1301</sup>. Se ha señalado que estos informes técnicos vulneran la garantía de igual protección de derechos, por tratarse de un acto administrativo peculiar: es un dictamen (por su naturaleza técnica) desfavorable (determina un gravamen para el afectado), de trámite (se inserta en un proceso administrativo que continúa y concluye con otros actos finales, pero que materialmente se encuentra determinado por este informe), constitutivo (configura la calidad de residente temporal o definitivo, innovando en el estatuto personal previo), de efectos particulares, firme y no recurrible<sup>1302</sup>. Estas peculiaridades exigen una reconsideración respecto del valor probatorio que se atribuye a estos informes.

Según el artículo 67 inciso 3 del DL 1.094, la autoridad migratoria está autorizada –cuando sea permisible– a sustituir la medida de abandono voluntario por una visación de igual calidad a la solicitada o a la que poseía anteriormente el afectado. Pero de la redacción del referido artículo se desprende que, esta sustitución solo opera respecto de los rechazos facultativos y no los imperativos<sup>1303</sup>. Mientras el cumplimiento de la orden de abandono este pendiente, 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, luego de lo cual *deberá dar cumplimiento a la medida de abandono* vigente.

<sup>1298</sup> CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014, Serie C n° 282) párr. 356.

<sup>1299</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 113.

<sup>1300</sup> Según lo regula el artículo 141, inciso 2 del Reglamento migratorio, podrían además ser procedentes otras sanciones. *Cfr.* Decreto N° 597, de 1984.

<sup>1301</sup> LAWSON y RODRÍGUEZ (2016) p. 224.

<sup>1302</sup> DÍAZ (2016b) p. 145.

<sup>1303</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 114.

El DL 1.094 contempla otras causales de expulsión<sup>1304</sup>. En la redacción de estas causales no se observa la exigencia de un *decreto fundado* de expulsión para estos casos, a diferencia del caso de expulsión por rechazo o revocación de visados. Sin embargo, de la lectura del artículo 82 del referido Decreto se colige que en todos estos casos la expulsión será dispuesta por Decreto Supremo fundado. Este deberá estar suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula: “*por orden del Presidente de la República*”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes.

B) *Reclamación en sede administrativa ante rechazo o revocación de un visado, u orden de expulsión sancionatoria*: Como ocurre con cualquier procedimiento administrativo, la primera vía de reclamación con la que cuentan los inmigrantes a quienes se les haya dictado una orden de expulsión son los recursos administrativos. Por aplicación supletoria de la LBPA<sup>1305</sup>, proceden en contra de la orden de expulsión los recursos de: invalidación, reposición, jerárquico y extraordinario de revisión, contemplados en dicha ley<sup>1306</sup>. El plazo para incoar el recurso de reposición es de 5 días hábiles<sup>1307</sup>, en tanto que, el recurso jerárquico solo puede incoarse en los casos en los que la resolución de revocación no haya sido emitida por el ministro del interior en virtud de delegación expresa, lo que se desprende del artículo 59 inciso 4 de la LBPA. Respecto del Recurso extraordinario de revisión, el artículo 60 de la LBPA señala que este procede en contra de los actos administrativos firmes, cuando: a) la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento; b) Si al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento) Por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; y, d) En la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado. El plazo para interponer el recurso será de un año, contado desde el día siguiente a aquél en que se dictó la resolución en los casos de las letras a) y b) y, respecto de las letras c) y d), desde que la sentencia quede ejecutoriada, salvo que ella preceda a la resolución cuya revisión se solicita. En este último caso, el plazo se computará desde el día siguiente al de la notificación de tal resolución.

Empero, se observan deficiencias en relación con las dificultades que se presentan al momento de efectuar el cálculo de los lapsos para la interposición de los recursos administrativos. En el ámbito migratorio ello se traduce en un entramado de reglas procesales que pueden dificultar al inmigrante el ejercicio de sus acciones dentro de los lapsos respectivos. Un ejemplo lo observamos respecto de la notificación de revocación o rechazo.

<sup>1304</sup> El artículo 68 del DL 1.094 también contempla la expulsión para los casos de falsificación de documentos, mientras que el artículo 69 de la aludida norma contempla la misma medida sancionatoria para el caso de entradas clandestinas. Otro tanto añade los artículos 71, 72, 75, 80, 82 del decreto aquí reseñado, al contemplar la expulsión cuando se eluden las medidas de control y traslado que imponga la autoridad policial.

<sup>1305</sup> El artículo 53 de la LBPA establece la aplicación de reglas procedimentales para los casos de invalidación del acto administrativo, y estas son aplicables supletoriamente en el ámbito administrativo migratorio debido a los vacíos legales que ostenta el DL 1.094 sobre este tema.

<sup>1306</sup> *Cfr.* Artículos 53, 59, 60 de la LBPA.

<sup>1307</sup> Los días hábiles y el computo de los plazos, se encuentran regulados en la LBPA, artículo 25 (Ley n° 19.880, de 2003).

Si esta última se efectúa personalmente al interesado, el plazo de interposición empezaría a contarse desde la firma de la respectiva acta de notificación. Pero si la anterior notificación se realiza a través de carta certificada dirigida -mediante correo postal- al domicilio del interesado, se le tendrá por notificado a partir del día tercero de su recepción en la oficina de correos respectiva<sup>1308</sup>. Y desde ese momento comenzarían a contarse el plazo de interposición de recursos. Tales variantes patentan la necesidad de unificar criterios respecto del cómputo de los lapsos procesales para la interposición de estos recursos administrativos. También se requiere brindar al inmigrante una asesoría jurídica técnica y gratuita que le facilite el ejercicio de sus derechos recursivos en esta fase. Ello en aras de evitar que el afectado de una medida de esta índole quede en un estado de indefensión ante la preclusión de los referidos lapsos.

De la aplicación supletoria de la LBPA respecto de la revocación de visados e invalidación del acto administrativo se desprenden varios efectos procesales. El artículo 53 de la LBPA reconoce el derecho a una audiencia previa del interesado, que es de tipo esencial. También se contempla la impugnación de este acto invalidatorio mediante la interposición de los recursos administrativos de reposición y jerárquico dispuestos en el artículo 15 de la LBPA. Lo mismo hace respecto del derecho a un procedimiento sumario y breve ante los tribunales de justicia. Pero estas acciones están limitadas por la caducidad, ya que expiran después de 2 años contados desde la notificación del acto administrativo en cuestión<sup>1309</sup>. Esto resulta de interés si entendemos que la caducidad –aunque es una institución de difícil construcción<sup>1310</sup>– es una sanción impuesta por el orden jurídico para resguardar el interés general de la colectividad, comprometido en la ejecución de las actuaciones admitidas y facilitadas por un acto administrativo de efectos individuales<sup>1311</sup>. Esta caducidad también sería aplicable para los otros casos de invalidación contenidos en el DL 1.094<sup>1312</sup>, aunque este último emplee la noción de *revocación* para referirse a ellos.

Los recursos de impugnación contemplados en el artículo 15 de la LBPA también son aplicables para el caso de las revocaciones con efecto sancionatorio. Para el caso de las *revocaciones en sentido estricto* igualmente serán aplicables –supletoriamente– las garantías que consagra la LBPA respecto de los actos administrativos. Así, los visados se encuentran regulados supletoriamente por la LBPA en todo aquello que no esté normado o tratado expresamente en el DL 1.094; y en aquellas materias que, si están reguladas por dicho decreto, la interpretación actual que se haga de sus instituciones debe ser conforme a los principios y normas que emanan de la mencionada LBPA<sup>1313</sup>. La legislación migratoria vigente se enfoca en muchos requisitos –trámites de entrada, salida y residencia en el territorio chileno– pero ofrece pocas garantías en cuanto a los procedimientos de revocación y expulsión. Por ello, estas garantías supletorias ofrecidas por la LBPA revisten de especial interés en la protección de los derechos procesales de los inmigrantes detenidos o sujetos a procedimientos de expulsión con motivo de la revocación de tales permisos de residencia.

<sup>1308</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 115.

<sup>1309</sup> Se trata de un plazo de “caducidad y no de prescripción, por lo cual no pueden interrumpirse ni suspenderse por virtud de la interposición del recurso dentro de su término, porque en la caducidad se atiende solamente al hecho objetivo del transcurso del plazo” (Contraloría General de la República, *Dictamen n° 18.353*, de 2009).

<sup>1310</sup> FLORES (2016) p. 229.

<sup>1311</sup> MADARIAGA (1993) p. 103.

<sup>1312</sup> *Cfr.* Artículo 65 n° 1, en relación con el art. 15 n° 7 y art. 65 n° 3 en relación con el art. 63 n° 1 y 4.

<sup>1313</sup> DELGADO (2018) p. 28.

C) *Reclamación judicial del art. 89 del DL 1.094*: Para la interposición de esta acción será necesario considerar que: a) El tribunal competente para conocer de dicha acción es la CS, con ubicación territorial solo en la Región Metropolitana<sup>1314</sup>; b) La acción deberá ser interpuesta dentro del plazo de 24 horas, contado desde que la notificación de la expulsión haya sido realizada. En caso de que la acción no se interponga en el lapso de 24 horas o en caso de que, habiendo sido interpuesta, sea denegada por la CS, se procederá a la expulsión del inmigrante<sup>1315</sup>; c) La acción debe ser fundada, esto es, debe indicar las razones por las que la persona afectada considera que la ejecución de la expulsión podría vulnerar sus derechos fundamentales; y, d) La acción solo es admisible para reclamar respecto de las órdenes de expulsión dictadas a través de un Decreto Supremo fundado y suscrito por el Ministro del Interior, no siendo procedente respecto de las resoluciones (exentas de toma de razón) suscritas por el Intendente Regional. La ausencia de cualquiera de los requisitos señalados se traduce en la declaración de extemporaneidad, improcedencia o, derechamente, el rechazo de la interposición de la acción, sin entrar en el fondo del asunto<sup>1316</sup>.

La reclamación especial del artículo 89 del DL 1.094 solo es procedente respecto de las órdenes de expulsión emitidas por decreto supremo. Así, el artículo 89 del DL 1.094

<sup>1314</sup> De esta acción conoce la CS en única instancia. Hemos de acotar que uno de los puntos en que ha existido debate es aquel referido a la posibilidad de impugnar lo resuelto en primera instancia por un órgano jurisdiccional ante un tribunal superior jerárquico, dado que se ha señalado que la falta de doble instancia vulnera el debido proceso. Según lo expone Martínez, “la ausencia del principio de la doble instancia en los casos de reclamo contra una notificación de expulsión ha sido una situación ampliamente denunciada por algunas organizaciones de la sociedad civil” (MARTÍNEZ (2013) p. 184). Algunos autores como, han entendido que el artículo 14.5 del PIDCP no obliga a la doble instancia, sino a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidas a un Tribunal superior mediante cualquier recurso (DE LA OLIVA SANTOS (1997) pp. 974 y ss). Sin embargo, para Aranguëña “el doble grado jurisdiccional constituye el instrumento más idóneo para corregir los eventuales errores en que haya podido incurrir el juzgador de instancia, tanto jurídicos como fácticos”, ARANGUËÑA (1994) pp. 43, 50. Por su parte, Navarro señala que uno de los elementos del debido proceso es “la circunstancia de que exista la posibilidad de que las partes puedan impugnar lo resuelto ante un tribunal superior jerárquico...”, así como la “existencia de una vía de impugnación adecuada”, agregando que el legislador no puede “...mutilar la garantía de que se trata en un punto a poder eliminar arbitrariamente el recurso de un tribunal superior”. Este autor concluye que, atendiendo a doctrina sustentada por el TCCh, ello dependerá de la naturaleza del asunto (NAVARRO (2013) pp. 142-144). Navarro nos remite a la jurisprudencia del TCCh, órgano judicial que ha sostenido que resolver en única instancia no importa una infracción al debido proceso, desde que se contempla una etapa administrativa previa, aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa el derecho a la doble instancia. De este modo, según este autor, si hay una instancia administrativa previa, no se estaría afectando en estricto rigor la doble instancia, NAVARRO (2013) pp. 141 y 142. No obstante, según lo ha entendido Lastarria, la apelación es necesaria para reformar las decisiones injustas (LASTARRIA (1848) p. 136). Sin embargo, el TCCh ha precisado que, si bien la CPR exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no implica que consagre el derecho de la doble instancia (TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro, respecto de los artículos 364, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 386 y 387 del Código Procesal Penal, en rit 22 – 2009 y ruc 0800077921 – 1 del Tribunal Oral en lo Penal de los Andes* (2010, rol n° 1432-09) considerando 14°. Y sobre este tema ha agregado que, resolver en única instancia no importa una infracción del derecho al debido proceso, toda vez que se contempla una etapa administrativa previa a la instancia jurisdiccional (TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Banco de Crédito e Inversiones S. A. respecto del artículo 12, inciso final, del Código del Trabajo, en la causa Rol N° 2556-2008, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, caratulada Banco BCI con Inspección Provincial del Trabajo de Coquimbo* (2009, rol n° 1252-08) considerando 7°.

<sup>1315</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 116. Cfr. Artículo 59 inciso 4 de la LBPA.

<sup>1316</sup> LAWSON y RODRÍGUEZ (2016) p. 225.

establece que el extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la CS dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él. Dicha acción deberá ser fundada y la CS procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación.

No obstante, el que la acción pueda ser interpuesta no solo por el afectado sino también por sus familiares –si bien pareciera ser un aspecto positivo– en la práctica se traduce en una utopía. En muchos casos, la persona afectada con la detención se encuentra impedido para ejercer personalmente la referida acción de reclamación. Además, la posibilidad de ejercer la impugnación por parte de algún familiar del afectado se vuelve casi nula, pues –con frecuencia– el inmigrante no cuenta con familiares en país donde se encuentra detenido. Por ello, el legitimado activo de la acción debiera ser cualquier persona, para asegurar que sea una opción realmente viable desde el punto de vista procesal. Aunado a las limitaciones anteriores, no podemos ignorar que el plazo concedido para la defensa es muy breve, lo que hace patente que las órdenes de expulsión son dictadas sin una instancia de preparación ni espacio para la defensa y no existe absolutamente ninguna interacción con la persona afectada, así como tampoco se da un ejercicio de ponderación previo al dictado de la orden de expulsión u otra sanción<sup>1317</sup>.

El citado artículo 89 del DL 1.094, segundo inciso, establece que la interposición de la acción de reclamación suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad. El efecto suspensivo de la ejecución de la orden de expulsión resulta positivo para el inmigrante, en especial para aquel que ya se encuentra arraigado en el país. No ocurre lo mismo respecto de la privación de libertad ordenada en el referido precepto, cuya duración deberá ser extendida mientras se tramita la acción de reclamación. El problema es que esta extensión –respecto de la duración de la detención– no tiene un plazo definido. Ello vulnera las garantías del debido proceso, por tratarse de una privación de libertad arbitraria cuya duración no está prevista mediante precepto legal. Leemos que el anterior precepto solo indica que la detención debe durar lo *estrictamente necesario*, pero ello queda sujeto a la discrecionalidad de la autoridad encargada. Adicionalmente, se observa que estas privaciones de libertad por tiempo indeterminado se despliegan sin poner en conocimiento del afectado la norma o circunstancia que ha dado origen a la sanción respectiva<sup>1318</sup> ni los motivos de la detención. En relación con estas falencias, la directiva retorno ofrece orientaciones al señalar que la detención sólo se debe mantener mientras el dispositivo de expulsión esté en curso ejecutándose con la diligencia debida y en tal sentido, la duración de la detención debe ser lo más corta posible. Además, si existen obstáculos a la expulsión –como el principio de *no devolución*– normalmente no hay perspectivas razonables de expulsión y por lo tanto el internamiento ha de cesar.

El artículo 90 del DL 1.094 señala que la medida de expulsión deberá ser notificada por escrito al afectado, quien podrá manifestar su intención de accionar en contra de la medida o conformarse con ella. En este último caso, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite. No obstante, transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación –en el caso de que no se haya interpuesto la acción de reclamación judicial o en el de no ser ésta

<sup>1317</sup> LAWSON y RODRÍGUEZ (2016) p. 233.

<sup>1318</sup> ARAVENA (2013) p. 27.

procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado la acción interpuesta se procederá a cumplir la expulsión ordenada. Esta previsión hace evidente la escasa posibilidad de defensa que tiene el inmigrante debido al brevísimo periodo de tiempo de 24 horas para reclamar ante la CS, situación que puede generar un estado de indefensión por parte de la persona afectada por la medida. En este sentido, deben establecerse límites claros al ejercicio de la discrecionalidad y las acciones de que dispondrá el afectado para impugnar los actos administrativos del caso<sup>1319</sup>. Se echa en menos la presencia de un manual de buenas prácticas que contenga directrices expresadas en aras del resguardo del debido proceso, en consonancia con los estándares internacionales erigidos en este ámbito.

El artículo 82 del DL 1.094 señala que la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, estarán sujetos a la expulsión sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo *exenta del trámite de toma de razón*. En estos casos no se requerirá de un acto fundado que ordene la expulsión. Y contra este tipo de resoluciones no procede la interposición de la *acción de reclamación de expulsión* antes reseñada. De igual modo ocurre con los casos que contempla el artículo 87 del DL 1.094, para aquellos extranjeros ingresen al territorio chileno infringiendo una expulsión previa ordenada por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto. El hecho de que tales facultades de expulsión puedan ser implementadas sin requerir un auto fundado, ignora la necesidad de exponer los elementos que justifiquen la racionalidad de la medida que ordena la expulsión<sup>1320</sup>, aunque ello pueda ser entendido como un simple *caso de reembarque*<sup>1321</sup>. Esto se desprende de lo contemplado en el artículo 87 del referido decreto que señala que, el extranjero que infrinja las prohibiciones de entrada será expulsado *sin necesidad de nuevo decreto* y en caso de reiteración, el infractor se enfrentaría a sanciones de presidio junto a la medida de expulsión al término de la condena<sup>1322</sup>.

Estas expulsiones *exentas de la toma de razón* resultan cuestionables a la luz de los estándares internacionales erigidos en materia de protección de los derechos humanos; y, contrarias a las demás disposiciones legales vigentes en Chile en materia de revisión de las actuaciones administrativas. Recordemos que la toma de razón es un mecanismo de control de los actos de la Administración, que permitiría una revisión previa sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos emitidos por la autoridad administrativa<sup>1323</sup>. Por ello, todo acto que pueda afectar en algún modo los derechos fundamentales debiera estar sujeto a la toma de razón por parte de la CGR. Según el artículo 98 de la CPR, la CGR es un

---

<sup>1319</sup> TORREALBA (2013) p. 11.

<sup>1320</sup> Incumpliendo con el deber de razonar motivadamente la medida de expulsión, *Cfr.* HERDEGEN (2005) p. 210; SHAW (2008) p. 826. Recordemos que el artículo 13 del PIDCP contempla la expulsión en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión. Este precepto es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *Observación General 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, parr. 9 y 10, disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1321</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 164.

<sup>1322</sup> *Cfr.* Artículo 87 del DL 1.094.

<sup>1323</sup> PALLAVICINI (2010) p. 109.



organismo autónomo que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración<sup>1324</sup>. Corresponde a la CGR revisar la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicio<sup>1325</sup>. Ello ha sido reiterado por la CS<sup>1326</sup>. Por su parte, el TCCh ha señalado que los actos administrativos explicados se hallan sometidos a controles, incluyendo los decretos reglamentarios, que deben ser siempre revisados mediante el control preventivo de toma de razón practicado por la CGR<sup>1327</sup>. Así, todas las órdenes de expulsión, independiente de la fuente formal que sirve de soporte a la decisión administrativa y la autoridad que lo dicta, debe ser revisada a fin de garantizar que con su ejecución no se vulneren los derechos fundamentales del inmigrante.

D) *Reclamación vía acciones de amparo o de protección*. Nos referimos aquí a otras acciones eventuales y extraordinarias, disponibles en sede judicial contra las decisiones de expulsión: las acciones *de protección y de amparo*. Su empleo -respecto de una orden de expulsión- se deduce de la reciente práctica judicial, que se ha mostrado menos reacia y sí más abierta a su admisibilidad, a fin de brindar protección a los derechos humanos de los inmigrantes. Ello como resultado de las evidentes dificultades procesales que plantea el ejercicio de la *acción de reclamación de expulsión* consagrado en los artículos 89 y siguientes del DL 1.094.

La *acción de protección* consagrada en la CPR permite reclamar ante los tribunales de justicia la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente, a fin de salvaguardar estos derechos de un modo directo e inmediato<sup>1328</sup>. Cualquier persona -natural o jurídica, o un grupo de personas- que haya sufrido la perturbación o amenaza de sus derechos constitucionales reconocidos en el artículo 20 de la CPR, puede interponer la acción de protección ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se cometió el acto<sup>1329</sup>. En cambio, la acción *de amparo* persigue reclamar y hacer cesar toda detención arbitraria, así como cualquiera otra perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal o seguridad individual<sup>1330</sup>. Ambas *acciones* están reguladas en los artículos 20 y 21 de la CPR, respectivamente, mas no en la legislación migratoria vigente. Debido a la naturaleza de la *acción de protección* –y los derechos constitucionales que esta protege–, aquí solo nos limitaremos a efectuar la anterior referencia, ya que un estudio más profundo de esta acción nos desviaría de nuestro objeto de estudio. En cambio, si haremos énfasis en lo tocante a la *acción de amparo* por esta destinada a proteger el derecho a la libertad personal o seguridad individual. Acotamos aquí que, por razones metodológicas, esta acción constitucional no será abordada en esta sección, sino en la primera sección del capítulo IV.

Finalmente, aunque existe la posibilidad de ejercer varios recursos o acciones contra las decisiones que acuerdan la expulsión del inmigrante, en su mayoría estas se deducen de la aplicación supletoria de la LBPA o por integración de normas constitucionales. Ello hace necesario que tales recursos administrativos o acciones judiciales sean enumerados

<sup>1324</sup> Vease también lo contemplado en el artículo 99 de la CPR; y artículo 1 LBPA.

<sup>1325</sup> SILVA (1994) p. 171.

<sup>1326</sup> CS, *Caso Priscila Jara Fuentes* (2002, rol n° 67-02) considerando 4°.

<sup>1327</sup> TCCh, *Requerimiento de inconstitucionalidad, presentado por un grupo de Diputados, respecto de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1° de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad* (2007, rol n° 591-06) considerandos 24° y ss.

<sup>1328</sup> NOGUEIRA (1999) p. 160.

<sup>1329</sup> NOGUEIRA (2010) p. 233.

<sup>1330</sup> CHAIGNEAU (2002) p. 191.

taxativamente, definiéndose los plazos para su accionamiento y con la obtención de resoluciones bien argumentadas<sup>1331</sup>. Si bien el DL 1.094 contempla la acción de *Reclamación de Expulsión*, esta viene revestida de una maraña de requisitos procesales de admisibilidad que en la práctica imposibilitan su ejercicio, situación que agudiza la vulnerabilidad del inmigrante y se traduce en un estado de indefensión.

La siguiente Tabla N° 29 presenta de forma concisa las anteriores disposiciones legales en relación con el resguardo de este derecho.

**TABLA N° 29.**  
**Del derecho al debido proceso en las normas chilenas de rango legal**

Objeto de protección	Disposiciones
Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.	Artículos 82 y 84 del DL 1.094.
Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.	Artículos 89 y 90 del DL 1.094. Por aplicación supletoria: Artículos 4, 10, 11, 15, 16, 59 inciso 4, 60 y 53 de la LBPA.

#### 4. Sobre las normas administrativas.

Tras terminar con la revisión de los aspectos legales migratorios de la sección anterior, pudimos observar una serie de falencias respecto de la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en el ámbito legal. Por ello, desde el Gabinete Ejecutivo de Gobierno se han implementado diversos programas y acciones de corte administrativo, con el propósito de ofrecer una especie de *paliativo* que permita algún grado de eficacia en la *praxis* respecto del fenómeno migratorio. Recordemos que la *eficacia* se erige como el principio por el cual las autoridades administrativas buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad<sup>1332</sup>. En este contexto, cada vez es menos discutible la influencia que ejercen la modernización y los nuevos estándares de calidad en las esferas de actuación de la Administración Pública. Ya Hauriou afirmaba que la Administración debe esforzarse por ser hábil, más allá de ser respetuosa de la ley<sup>1333</sup> y Ponce sostenía que es cada vez más difícil hablar de la actuación administrativa como pura ejecución de la norma<sup>1334</sup>. Por ello, esta serie de programas y acciones de corte administrativo implementadas merecen nuestra atención.

Las medidas adoptadas por el Gabinete Ejecutivo de Gobierno –mediante diversas modalidades (decretos, resoluciones, circulares)<sup>1335</sup>– atienden problemáticas puntuales que aquejan a los migrantes y sus familias. Nos referimos a ellos como *actos administrativos*,

<sup>1331</sup> OLEA (2013) p. 26.

<sup>1332</sup> RODRÍGUEZ-ARANA (2014) p. 50.

<sup>1333</sup> HAURIOU (1893) p. 205, “*l’Administration ne doit pas se borner à être correcte e respectueuse de la légalité; elle doit s’efforcer d’être habile*”, es decir, “La Administración no debe limitarse a ser correcta y respetar la ley; sino que debe esforzarse por ser hábil” (la traducción es nuestra).

<sup>1334</sup> PONCE (2001) p. 36.

<sup>1335</sup> Existen varias modalidades recurrentes de formatos en el ordenamiento jurídico chileno, mediante los cuales se expresa el acto administrativo. Véase, SOTO (2010) pp. 251-252.

entendiendo que en estos se concreta el ejercicio de una potestad administrativa<sup>1336</sup>. El artículo 3° de la LBP las define como declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública, mediante decretos supremos y resoluciones. Aquí iniciaremos revisando las medidas administrativas más genéricas –implementadas por el referido gabinete– así como las más específicas, adoptadas en el ámbito migratorio.

Uno de los programas a revisar es el Primer Plan Nacional de Derechos Humanos (en lo sucesivo, PNDH 2018–2021). Este ha sido concebido como un plan de Estado, en donde toda la institucionalidad tiene una obligación que cumplir y un aporte que hacer<sup>1337</sup>, establecido por la Ley N° 20.885 en correspondencia a las recomendaciones que se le han hecho al Estado de Chile en materia de derechos humanos. Se recogen en este las priorizaciones sectoriales e intersectoriales de los ministerios y servicios en materia de derechos humanos, para los próximos cuatro años a fin de responder de manera responsable y coordinada a los compromisos internacionales adquiridos por Chile<sup>1338</sup>. Fue aprobado en diciembre de 2017 y está compuesto por más de 600 acciones, comenzando su implementación en enero de 2018 por un periodo de 4 años<sup>1339</sup>. El referido plan prevé un proceso de *monitoreo* que permitirá supervisar el cumplimiento de las acciones del Plan, así como también realizar observaciones a su implementación. También contempla la *evaluación*, a fin de introducir mejoras en la ejecución del Plan. Según el PNDH 2018–2021, se han previsto 84 acciones relativas a las personas Migrantes y Refugiadas, concentradas en el establecimiento de cuatro metas relativas a: a) Adecuar la normativa relativa a las personas migrantes y refugiadas acorde a los estándares internacionales; b) Promover la no discriminación de las personas migrantes y refugiadas; c) Implementar políticas, planes y programas que aseguren el acceso de personas migrantes a prestaciones sociales; d) Fortalecer el asilo de calidad y la integración local de solicitantes de la condición de refugiado.

En el PNDH 2018–2021, se observan acciones tendientes a realizar un seguimiento legislativo y asistencia técnica, tanto al proyecto de ley de migraciones como también a otras iniciativas legislativas relevantes, para el cumplimiento de los compromisos internacionales en esta materia<sup>1340</sup>. Su consolidación permitiría la reformulación de la política migratoria

---

<sup>1336</sup> COSCULLUELA (2014) p. 322.

<sup>1337</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 13, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1338</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 5, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1339</sup> Su construcción se realizó a partir de la información entregada a la Subsecretaría de Derechos Humanos por las instituciones responsables de acciones que son parte del PNDH, cuyo seguimiento se construye tomando como unidad de referencia principal a las acciones que son parte del citado plan. Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Reporte de seguimiento marzo 2018 al Plan Nacional De Derechos Humanos*, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/primer-reporte-de-seguimiento-del-plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1340</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Reporte de seguimiento marzo 2018 al Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 10, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/primer-reporte-de-seguimiento-del-plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Para más información, también véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Reporte de seguimiento mayo 2019 al Plan Nacional De*

chilena y su ajuste al estándar internacional en materia de protección de derechos humanos. No obstante, del total de 84 acciones pautadas en el ámbito migratorio, solo se ha cumplido con el 5,6%, observándose un 34,4% en fase de implementación, mientras que un 29,4% de las acciones aún no han sido implementadas<sup>1341</sup>. Aún es muy pronto para considerar estos resultados como positivos o negativos, entendiendo que dichos resultados se obtienen en el primer año y aún restan 2 años para la total implementación del Plan.

Por vía administrativa, la autoridad migratoria ha sancionado el otorgamiento de visas temporarias en base a lo contemplado en el artículo 91 del DL 1.094, concatenado con el artículo 13 del referido Decreto Ley. Estas visaciones temporarias son: a) *El acuerdo de residencia de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile*, a través de la Circular N° 26.465 de 2009. Este ha otorgado visación de residente temporario por un año a ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileños, paraguayos y uruguayos; b) *Visa temporaria a mujeres embarazadas*, mediante los Oficios Circulares N° 1.179 y 6.232, de 2003, para las turistas así como aquellas cuya residencia en el país se encuentre vencida debiendo acreditar su condición irregular<sup>1342</sup>; c) *Visa temporaria por motivos laborales*, mediante Oficio Circular N° 7 de 26 de febrero de 2015 extensible desde el 2 de marzo de 2015 a los inmigrantes que deseen desarrollar actividades remuneradas en el país, exigiéndose un contrato de trabajo con un empleador domiciliado en Chile, pero sin la necesidad de que el inmigrante deba solicitar una nueva visa sujeta a contrato ante la terminación de la relación laboral por cambio de empleador.<sup>1343</sup>; d) *Visa temporaria por unión civil*, mediante Oficio Circular N° 6 de fecha 26 de febrero de 2015; e) *Otorgamiento de visado de estudiante titular a todo menor de edad extranjero*, mediante los Oficios Circulares N° 1.179 y 6.232, de 2003, para hijos de migrantes en condición migratoria irregular; f) *Regularización migratoria de párvulos*, mediante Resolución Exenta N° 6677 de 2007, para menores de 5 años hijos de mujeres inmigrantes o refugiadas; f) *Visas temporarias solicitadas en sede consular*: por vía administrativa el abril de 2018 se adoptaron nuevas visas de: *turismo y de reunificación familiar*, para los haitianos; la de *responsabilidad democrática*, para los venezolanos; la de *orientación nacional*, para extranjeros que, tras obtener un posgrado en una universidad

---

*Derechos Humanos*, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/primer-reporte-de-seguimiento-del-plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1341</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Reporte de seguimiento marzo 2018 al Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 44, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/primer-reporte-de-seguimiento-del-plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Para más información, también véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Reporte de seguimiento Mayo 2019 al Plan Nacional De Derechos Humanos*, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/primer-reporte-de-seguimiento-del-plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1342</sup> Para más información, véase sitio web oficial de CEPAL, *oficio circular 6232*, disponible en: <[https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003\\_oficiocircular6232\\_chi.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003_oficiocircular6232_chi.pdf)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1343</sup> Esta modalidad de visa fue eliminada por Decreto presidencial, a contar del 23 de abril de 2018. Esta eliminación no afectará la tramitación de los visados temporarios por motivos laborales que hayan sido remitidos vía correo postal al Departamento de Extranjería y Migración o presentados en las Gobernaciones Provinciales respectivas con fecha anterior a la señalada, ni la vigencia y validez de los visados temporarios por motivos laborales ya otorgados y que se encuentren vigentes a esta fecha. Para más información respecto de los instrumentos celebrados en el ámbito universal, véase sitio web oficial de GOBIERNO DE CHILE, *Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería*, disponible en: <[https://cdn.digital.gob.cl/filer\\_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva\\_ley\\_de\\_migracion.pdf](https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

chilena acreditada, desearan emprender o trabajar en Chile; la visa de *orientación internacional*, según of. Circular 209, está destinada a extranjeros con posgrados de las mejores 200 universidades del mundo (según el *QS World University Rankings*) que quisieran emprender o trabajar en Chile; y la *visa de oportunidades* que, según of. Circular 210, está orientada a los migrantes en general que quieran venir a trabajar a Chile<sup>1344</sup>. La presentación de la solicitud para estas visas se hará exclusivamente a través del respectivo Consulado chileno en el exterior correspondiente al país de origen o de residencia del interesado.

También se incluirán en este apartado otras iniciativas de corte administrativo. Entre estos, hemos de referirnos al Instructivo Presidencial N° 9 de 2008. Este instructivo impartió instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria a los órganos de la Administración del Estado, estableciendo cuatro ejes: (1) Chile, país de acogida, (2) integración de los inmigrantes, (3) tratamiento internacional de la temática migratoria: bilateralidad, multilateralidad y proceso de integración regional, y (4) capacidad de regulación y administración. Este instructivo también ordenó la creación del Consejo de Política Migratoria, como un ente asesor en materia migratoria, presidido por el Subsecretario del Interior y Seguridad Pública, e integrado permanentemente por los servicios públicos vinculados a la materia migratoria.

Posteriormente, se emitió un nuevo Instructivo Presidencial N° 5 de 2015: *Lineamientos e instrucciones para la Política Nacional Migratoria* de 2015. En este se insistió en la necesidad de actualizar el marco normativo, enfocándose en: (1) enfoque transversal de derechos humanos, (2) enfoque transversal de género, (3) principio de no discriminación y de consideración de los grupos vulnerables, (4) acceso a la justicia en condiciones de igualdad, (5) Chile país intercultural, (6) regularidad migratoria, (7) empleo como mecanismo de inserción social, (8) facilitación de la movilidad de las personas, del conocimiento para el desarrollo y la innovación, (9) integralidad de la política y gestión migratoria, (10) vinculación y asociatividad para con los nacionales residentes en el exterior, (11) responsabilidad compartida, (12) participación en las Políticas Públicas Migratorias, (13) Chile país de asilo y refugio, (14) migración segura y, finalmente, (15) registro e información como soporte de la política migratoria. En estos, se recogen los principios dispuestos en el Instructivo de 2008 y se señala la necesidad de fortalecer la institucionalidad en la gestión migratoria y establecer un plan de acción sobre migración.

Por lo pronto, adelantamos ciertas consideraciones. El problema de estas iniciativas de corte administrativo reside en que no están –ni han estado– contenidas bajo una política explícita, lo que dificulta la coordinación interna, por una parte, y la adopción de una perspectiva común en la administración pública y en el país, por otra; y, aunque estos programas buscan mejorar el acceso a los sistemas sociales y asegurar con ello derechos que estaban siendo vulnerados, no resuelven el problema de fondo, que es el garantizar los derechos de todos aquellos que residen en el país<sup>1345</sup>. Esto solo confirma que, medidas como las apuntadas se tienen que realizar en un contexto regional mediante conferencias

---

<sup>1344</sup> Para más información respecto de los instrumentos celebrados en el ámbito universal, véase sitio web oficial de GOBIERNO DE CHILE, *Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería*, disponible en: <[https://cdn.digital.gob.cl/filer\\_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva\\_ley\\_de\\_migracion.pdf](https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1345</sup> STEFONI (2011) pp. 79-80.

internacionales para asegurar el máximo efecto<sup>1346</sup>. La existencia de programas de detención, regreso incentivado y políticas de visados para la entrada hace que exista una gran falla global de movilidad entre los países de la OCDE y el resto del mundo, también tildada como *global mobility divide*<sup>1347</sup>. Se subestima el impacto positivo que puede brindar la participación de los inmigrantes en la gestión de las políticas migratorias, lo que pudiera lograrse si las organizaciones de migrantes tuvieran un espacio de participación dentro de la agenda migratoria del gobierno, pues su perspectiva es la más importante en la estructuración y desarrollo de los planes y programas que involucra la migración<sup>1348</sup>.

No obstante, la revisión preliminar hace patente la inexistencia de una normativa unificada que regule todos los aspectos relacionados con la migración de manera integrada y congruente. Ello se traduce en incertidumbre jurídica para el inmigrante, al no contar con instrumentos legales adecuados y sistematizados para hacer valer el reconocimiento de los derechos que le asisten. Se requiere pues, el diseño de una normativa unificada que abarque todos los anteriores elementos legales y administrativos. Recordemos que la legislación migratoria no debe ser exclusivamente una ley sobre ingreso y permisos de residencia en el país, que incluye sanciones por desconocer dichas normas de competencia exclusiva del Ministerio del interior<sup>1349</sup>. No es conveniente conformarse con la aplicación de paliativos de índole administrativos e ignorar la patente necesidad de actualizar la normativa migratoria vigente en Chile. Si bien dichos *pañitos húmedos* ofrecen soluciones puntuales a muchas de las falencias legales existentes, estos no atacan el origen que permea el conflicto. Aunque entre la política y legislación migratorias, obviamente debe existir una relación estrecha, no por ello deben confundirse, ya que una política abierta y de regularización migratoria debe traducirse a nivel legal, en facilidades migratorias con énfasis en la regularización migratoria, sin perjuicio de establecer infracciones y sanciones<sup>1350</sup>.

A continuación, abundaremos con más detenimiento en los tres ámbitos específicos que interesan a esta investigación.

#### **4.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

Todos los seres humanos tienen derecho a la integridad personal, y sin embargo, son mínimas las disposiciones que contiene el Reglamento de extranjería –respecto de la protección de este derecho– cuando se trata de detención y expulsión de inmigrantes. El artículo 59 del Reglamento<sup>1351</sup> prevé la detención para los solicitantes de asilo. Esta procede mientras se resuelve en definitiva la solicitud de asilo. Los inmigrantes han de ser sometidos a las medidas de vigilancia y control que sean necesarias a juicio de la autoridad o podrán ser trasladados al lugar que determine el Ministerio del Interior. Y agrega que, cuando existan fundados temores de que estos extranjeros puedan burlar los controles o medidas de vigilancia que se hayan dispuesto o no presenten antecedentes para su total identificación, se les podrá privar de libertad hasta por 15 días. Esta misma medida también puede ser ordenada por el Ministerio del Interior podrá ordenar por razones de *conveniencia o seguridad*. Una

<sup>1346</sup> Véase, AXTMANN (1996) p. 2, SLAUGHTER (1995) pp. 509-511.

<sup>1347</sup> Véase, MAU (2015).

<sup>1348</sup> ARAVENA (2013) p. 31.

<sup>1349</sup> OLEA (2013) p. 22.

<sup>1350</sup> TORREALBA (2013) p. 10.

<sup>1351</sup> Decreto N° 597, de 1984.

vez más se observa la amplia discrecionalidad de la autoridad encargada para restringir el derecho a la libre circulación –contempladas por el referido precepto al referirse a las medidas de vigilancia y control– así como a la libertad en los casos de detención.

Por su parte, el artículo 176 del Reglamento establece que, a fin de materializar la expulsión, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias. Pero a diferencia de la detención ante la interposición de la acción de reclamación, en cualquier otro caso de expulsión no se observa determinado ni el lugar ni la forma de la privación de libertad, aunque si se precisa que estas deben ser estrictamente necesarias para dar cumplimiento a la medida de expulsión<sup>1352</sup>. Una vez más las imprecisiones dejan al detenido en un estado de indefensión al no cumplir con los parámetros mínimos relativos al lugar y tiempo de duración de la privación de su libertad.

Debido a la ausencia de tales regulaciones, el Estado chileno implementado ciertas iniciativas: a) La aprobación en 2017 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018–2021, que incluye un capítulo relativo a la prevención de la tortura; y, b) La aprobación en 2017 del Plan Nacional de Acción contra la Violencia hacia las Mujeres 2014–2018.

El *Plan Nacional de Acción contra la Violencia hacia las Mujeres 2014–2018*, surgió como una respuesta indivisible, integral y multisectorial, cuyo objetivo general ha sido articular e implementar acciones intersectoriales y participativas para una respuesta integral y de calidad, que promueva el derecho a una vida libre de violencias a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado<sup>1353</sup>. Dicho plan reviste de interés en lo que atañe a su aplicación para el caso de las mujeres migrantes y su derecho a la integridad personal y a una vida libre de violencia, especialmente en el ámbito de la detención con fines de expulsión.

Por su parte, la prevención de la tortura fue uno de los ejes temáticos considerados dentro de la fase de preparación del proceso del PNDH 2018–2021, tomando en cuenta como fuente principal el Informe Anual sobre la situación de derechos humanos en Chile que elabora el INDH y el último informe de cada uno de los comités de seguimiento de tratados y del Examen Periódico Universal (EPU), entre otros<sup>1354</sup>. En el PNDH 2018–2021 se han previsto 15 acciones en el ámbito de prevención de la tortura, concentradas en el establecimiento de 3 Metas relativas a: a) Realizar las reformas institucionales y normativas necesarias para cumplir los estándares internacionales de derechos humanos en materia de prevención de la tortura; b) Mejorar y profundizar el conocimiento del fenómeno a partir de la producción de información cuantitativa y cualitativa; c) Formación y capacitación en derechos humanos para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Una de las acciones positivas del PNDH 2018–2021 ha sido la implementación de la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Pero dicha normativa solo es aplicable a los inmigrantes que ostentan esta cualidad de refugiados y no al resto de los inmigrantes, a quienes se les debería también garantizar el derecho de no devolución en aquellos casos cuya expulsión implique para ellos un riesgo de tortura o tratos

<sup>1352</sup> DELLACASA y HURTADO (2015) p. 163

<sup>1353</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Plan Nacional de Acción Contra la Violencia hacia las Mujeres, 2014-2018*, disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108893>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1354</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 17, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

cruelles en el país de destino. Este asunto reviste de importancia a fin de atender las recomendaciones presentada al Estado chileno por parte de los organismos internacionales, requiriendo velar por que en la práctica *ninguna* persona pueda ser expulsada, devuelta o extraditada a otro Estado cuando existan razones fundadas para creer que correría el riesgo personal y previsible de ser sometida a tortura<sup>1355</sup>.

Adicionalmente, en el PNDH 2018–2021 se observan acciones tendientes a la *educación en derechos humanos y labor penitenciaria*, para desarrollar en los gendarmes alumnos las competencias requeridas para el ejercicio de sus funciones<sup>1356</sup>. Ello sería un aspecto positivo en lo referente al respeto de los derechos humanos por parte de los funcionarios encargados de los recintos destinados a la detención. El objetivo de estas acciones es el de promover y garantizar la sensibilización, formación y capacitación en derechos humanos para desarrollar una cultura que contribuya a la prevención de sus vulneraciones.

Asimismo, el PNDH 2018–2021 contempla el *Programa Nacional de Formación de Monitoras y Monitores Comunitarios en Violencias contra las Mujeres*, cuyo objetivo primordial es articular y fortalecer el tejido social comunitario para la prevención de la violencia contra las mujeres. Dentro del marco del programa de *educación en derechos humanos*, se incluyen acciones consistentes en la fiscalización de emisiones de servicios de TV y campañas de sensibilización; implementación de cursos de introducción a los derechos humanos para todo público interesado; asesoría técnica en incorporación de enfoque de derechos a en el ámbito educativo; formación del personal policial, demás funcionarios públicos y personal docente en el ámbito de protección de derechos humanos, y un plan de formación ciudadana en materia de educación en derechos humanos, entre otras acciones<sup>1357</sup>.

En el ámbito de la salud, el referido PNDH 2018–2021 incluye el seguimiento y monitoreo de la norma de acceso a salud personas migrantes, a fin de asegurar el cumplimiento de la Circular A15 N° 4 de junio 2016 que instruye respecto de la implementación del Decreto N° 67 y reitera todas las vías de acceso al sistema de salud<sup>1358</sup>. Así, mediante el Oficio Circular N° 1.179 de 28 de enero de 2003 del DEM<sup>1359</sup>, se ha acordado recibir las solicitudes de visa de residencia temporaria que tengan como fundamentos el certificado de control de embarazo. Además, el Oficio Circular N° 6.232 de

<sup>1355</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 42, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVFkXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1356</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 54, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1357</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, pp. 42-44, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1358</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 108, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1359</sup> Para más información, véase sitio web oficial de CEPAL, *oficio circular 6232*, disponible en: <[https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003\\_oficiocircular6232\\_chi.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003_oficiocircular6232_chi.pdf)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.



26 de mayo de 2003<sup>1360</sup>, amplía el beneficio mencionado para las mujeres extranjeras que, habiendo tenido residencia en el país, ésta se encuentre vencida. Y mediante el Oficio Ordinario N° 3.229 de 11 de junio de 2008 del Ministerio de Salud, tras la celebración del convenio de colaboración entre el Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, acordó brindar atención médica de urgencia para las personas extranjeras que se encuentren en Chile con condición migratoria irregular. Estas medidas de tipo administrativo se hacen extensibles a los inmigrantes detenidos con fines de expulsión, a fin de asegurarles en las mismas condiciones el acceso del derecho a la salud, para las mujeres embarazadas y en caso de atención médica urgente independientemente de su estatus migratorio.

No obstante, no se observan en el referido plan acciones tendientes a la promoción de una reforma legislativa que permita contemplar los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero y, adicionalmente, establecer penas que sean adecuadas a la gravedad del delito y que no genere problemas de interpretación; falencias que habían sido señaladas por el CAT con ocasión de su último informe respecto de Chile<sup>1361</sup>. Tampoco se observan acciones tendientes a la implementación de un Mecanismo Nacional de Prevención, a fin de cumplir con los requerimientos que se han estipulado en el OPCAT<sup>1362</sup>.

#### 4.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

Las acciones de corte administrativo implementadas en este ámbito son de índole variada. Con el programa *Chile Te Recibe* desde julio de 2017<sup>1363</sup>, se permitió a los niños el acceso a visas independientemente de la situación migratoria de sus padres. La continuidad de este programa se promueve en el PNDH 2018–2021, mediante el *Plan Nacional de Regularización de Niños, Niñas y Adolescentes* y el Proyecto *Chile Reconoce* destinado a todos los niños, niñas y adolescentes que fueron inscritos como *hijos de extranjeros transeúntes* antes del cambio de criterio interpretativo del concepto de extranjero transeúnte ocurrido en 2014<sup>1364</sup>. No obstante, aunque el programa *Chile te recibe* ha significado un

<sup>1360</sup> Para más información, véase sitio web oficial de CEPAL, *oficio circular 6232*, disponible en: <[https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003\\_oficiocircular6232\\_chi.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003_oficiocircular6232_chi.pdf)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1361</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 22 y 23, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVfKXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJlrc0JgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019. Tras su visita a Chile celebrada del 4 al 13 de abril de 2016, el STP también emitió interesantes pronunciamientos sobre este tema. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/OP/CHL/1, Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, disponible en: <<https://undocs.org/es/CAT/OP/CHL/1>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1362</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, parr. 17, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVfKXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDI8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJlrc0JgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1363</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DEL INTERIOR, *Requisitos y solicitud de la visa temporaria para niños, niñas y adolescentes*, disponible en: <<http://www.planmigrantes.gob.cl/noticias/requisitos-y-solicitud-de-la-visa-temporaria-para-ninos-ninas-y-adolescentes/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1364</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 96, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

avance al permitir regularizar la situación en la que se encontraban los niños y niñas migrantes, debido a que se entrega visa independientemente de la situación de sus padres, puede afectar negativamente al grupo familiar ya que el beneficio no se extiende al otro padre o madre. Lo mismo podría decirse de la visa para hijos e hijas de extranjeros transeúntes, caso en que la ley tampoco ha mencionado que esta podrá hacerse extensiva a sus padres, ni siquiera en carácter de dependencia. Del mismo modo, la exigencia de un certificado de matrimonio o acuerdo de unión civil para acreditar la relación de pareja puede impactar negativamente la relación del hijo o hija con su padre o madre tratándose de uniones de hecho. Esto puede tener connotaciones negativas a la hora de aplicación de sanciones de expulsión, situaciones en las que no se brindaría protección al otro cónyuge que no tiene este tipo de visas que le habiliten para permanecer de forma legal dentro del territorio chileno. Asimismo, el PNDH 2018–2021 contiene como una de las acciones a seguir la prohibición de imposición de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes migrantes –desde amonestaciones a expulsiones administrativas– ni contra los padres en su representación<sup>1365</sup>.

En el Instructivo Presidencial N° 009<sup>1366</sup> que impartió instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria, se incluyó la reunificación familiar, señalando que los extranjeros con vínculos familiares (padres, hijos, cónyuges) con chilenos o con extranjeros residentes tenían prioridad para su establecimiento en el país. Posteriormente, en el Instructivo Presidencial N° 005<sup>1367</sup>: *Lineamientos e instrucciones para la Política Nacional Migratoria* de 2015, se insistió en la necesidad de actualizar el marco normativo, con un enfoque transversal de derechos humanos y recogiendo los principios dispuestos en el Instructivo de 2008, por lo que la reunificación familiar sigue siendo un principio rector para la política migratoria nacional, así como la protección de grupos más vulnerables y de niños migrantes no acompañados.

#### 4.3. Del derecho al debido proceso.

Son varias las acciones que el gabinete ejecutivo se ha propuesto a implementar a través del PNDH 2018–2021. Aquí se incluyen acciones para la implementación de la *citación a la persona migrante* -con antelación a la dictación de una medida– de modo tal que se asegure que el migrante ejerza descargos y acompañe documentos<sup>1368</sup>. Estas acciones se observan dirigidas a las *personas migrantes y refugiadas*.

En este plan nacional también se contempla la elaboración de un protocolo de atención de población migrante que no habla español, en coordinación con las Embajadas o

<sup>1365</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 96, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1366</sup> Para más información, véase sitio web oficial del DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Instructivo Presidencial N° 009 que Imparte Instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria*, disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/leyes-migratorias/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1367</sup> Instructivo Presidencial N° 5 de 2015. Para más información, véase sitio web oficial del DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Instructivo Presidencial N° 005 que establece Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria*, disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/leyes-migratorias/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1368</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 96, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

Consulados que correspondan<sup>1369</sup>. Aunque la preparación de este protocolo aparece en el referido programa de forma genérica, de su lectura pareciera deducirse que su propósito es el de promover la no discriminación de las personas migrantes y refugiadas en el contexto de las ayudas gubernamentales concedidas al inmigrante para viviendas. Empero, la aplicación de este protocolo resultaría de mucha utilidad en otros procedimientos administrativos o judiciales que estén íntimamente vinculados al ámbito migratorio, a fin de garantizar –por ejemplo– el suministro de asistencia jurídica en el idioma del detenido (entre otras garantías propias del debido proceso relacionadas con el tema de las traducciones e idiomas diferentes del castellano). También se observan acciones tendientes a la implantación del *Servicio de Traducción Simultánea*, que pretende disminuir las brechas comunicativas entre la población migrante que no habla español y los funcionarios que atienden público en las Oficinas Provinciales de Extranjería que son parte del *Plan de Atención a Migrantes*<sup>1370</sup>. Tales medidas resultan un aporte positivo, partiendo de la idea según la cual el servicio de traducción o de interpretación debe ser provisto en forma gratuita por el Estado y estar disponible durante todo el procedimiento y atendiendo a que el procedimiento de expulsión administrativo no contempla ninguna instancia en donde aquellas personas que no comprenden el idioma español puedan solicitar la asistencia de un intérprete o traductor<sup>1371</sup>.

Asimismo, en el PNDH 2018–2021 se identifican acciones para la *educación en derechos humanos y labor penitenciaria*, por intermedio de la *Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias*<sup>1372</sup>. Ello permitiría garantizar a la población migrante el acceso a la información y oportuna respuesta como un aspecto vital del debido proceso. Aquí reviste de interés la Circular 15–A emitida por el DEM<sup>1373</sup> que viene a complementar la Circular N° 15, emitida el 03 de agosto de 2018<sup>1374</sup> y en la que se establecen normas de atención al público en sucursales del DEM, con el propósito de mejorar la calidad del servicio de atención a inmigrantes a través del servicio de citas por media de la página web de este departamento. En este mismo marco también se ha promovido el *Plan Nacional de Capacitación*, a fin de procurar el crecimiento personal de funcionarios y funcionarias públicos, dotándoles de un

<sup>1369</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 102, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1370</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 96, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1371</sup> LAWSON Y RODRÍGUEZ (2016) p. 228.

<sup>1372</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 56, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1373</sup> Para más información, véase sitio web oficial del DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Circular 15-A, Complementa circular número 15 que establece normas de atención al público en sucursales del Departamento de Extranjería y Migración*, disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/leyes-migratorias/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1374</sup> Para más información, véase sitio web oficial del DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Circular N° 15 que establece normas de atención al público en sucursales del Departamento de Extranjería y Migración*, disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/leyes-migratorias/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

perfil de servidores y servidoras públicas con actitudes, habilidades y conocimientos necesarios para el trabajo con población extranjera<sup>1375</sup>.

En el Instructivo Presidencial N° 9 de 2008 se ha incluido el derecho de acceso a la justicia para los extranjeros que residan en Chile, como uno de los principios rectores de la política migratoria y en las mismas condiciones que cualquier nacional, debiendo ser oídos públicamente y con las garantías por el tribunal competente<sup>1376</sup>. Aquí se ha dispuesto la modernización de la gestión migratoria. Según el párr. 8.b) del referido instructivo, la propuesta pretende generar sistemas eficientes de respuestas a las solicitudes de las personas migrantes residentes en Chile, a través de la agilización de los procedimientos para la atención de usuarios. En el Instructivo Presidencial N° 5 de 2015, se ha reconocido como un *eje guía de la acción gubernamental* el derecho de los inmigrantes a contar con asistencia y representación para los casos en los que sean parte, incluyendo los casos en los que se encuentren privados de libertad. Ello incluye el derecho a ser informados oportunamente de sus derechos y ser provistos de los mecanismos que le permitan comprender los procedimientos judiciales y administrativos en los que participen<sup>1377</sup>.

## 5. Sobre los proyectos de legislación en trámite.

El fenómeno migratorio presenta ciertas particularidades tirantes entre sí, entendidos como *dilemas*<sup>1378</sup>. En atención a ello y a fin de subsanar las falencias que ostenta el DL 1.094, la Presidencia de la República impulsó un proyecto de ley sobre migración ante el Congreso (en lo sucesivo, PL original de 2013), el cual, actualmente se encuentra pendiente por discusión en la comisión de Gobierno de la Cámara Alta<sup>1379</sup>. Aquí hemos de mencionar que, respecto del PL original de 2013, se han adicionado varias Indicaciones<sup>1380</sup>. La más reciente

<sup>1375</sup> Para más información, véase sitio web oficial del GOBIERNO DE CHILE, SUBSECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Plan Nacional De Derechos Humanos*, p. 62, disponible en: <<http://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1376</sup> Para más información, véase sitio web oficial del DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Instructivo Presidencial N° 009 que Imparte Instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria*, p. 4, disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/leyes-migratorias/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1377</sup> Para más información, véase sitio web oficial del DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Instructivo Presidencial N° 005 que establece Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria*, p. 3, disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/leyes-migratorias/>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1378</sup> ASENSI (2003) pp. 101, 102; TORREALBA (2013) p. 10.

<sup>1379</sup> En relación con los proyectos de ley sometidos a discusión ante el Congreso, hemos de efectuar algunas precisiones: Ante el referido órgano legislativo se han presentado varios proyectos: a) En el año 2013, durante la presidencia de Piñera, se introdujo ante el Congreso un Proyecto de ley: Boletín n° 8970- 06, de 2013, aquí denominado PL original de 2013. Este proyecto fue presentado como mensaje presidencial, el 4 de junio de 2013, pero no tuvo mayores movimientos en la Cámara legislativa en ese entonces; b) Posteriormente, en el año 2017 durante la presidencia de Bachelet se introdujo otro proyecto de Ley: Boletín n° 11395, de 2017. Este proyecto de ley también fue presentado como mensaje presidencial. No obstante, el proyecto de ley que actualmente se tramita ante el Congreso en la cámara del Senado es el PL original de 2013 incluyendo las *indicaciones* presentadas en el 2018. Para evitar confusiones durante la lectura del texto, cada vez que se empleen las siglas PL a secas, nos estaremos refiriendo al proyecto de ley que está actualmente en trámite, es decir, el PL original de 2013 que incluye las *indicaciones* de 2018. Para más información, véase sitio web oficial de la CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, disponible en: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_buscaror.aspx](https://www.camara.cl/pley/pley_buscaror.aspx)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1380</sup> Nos referimos aquí a las indicaciones formuladas en fechas: 23 de octubre 2018; 18 de diciembre 2018; 8 de enero 2019. El 6 de septiembre de 2019 se presentaron otras indicaciones, formuladas durante la discusión

ha sido presentada en 2019 (en lo sucesivo, indicaciones de 2019). Adicionalmente, el 16 de enero de 2019 fue aprobado por la Cámara de Diputados y despachado al Senado, el PL de 2013 incluyendo las indicaciones de 2018 (en lo sucesivo, PL). Este es el último paso para ser ley y dar actualización a la actual legislación migratoria chilena<sup>1381</sup>. Los recientes avances de esta propuesta de ley respecto de su tramitación ante las respectivas cámaras legislativas justifican la revisión de sus aportes para con la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en materia de detención y expulsión de inmigrantes.

Antes de continuar hemos de considerar el *sistema de visados y de sanciones e infracciones migratorias* contenidas en el PL. El referido texto incluye: a) *Permanencia transitoria*, regulado entre los artículos 45 al 56 del PL; b) *Residentes oficiales*, regulado entre los artículos 57 al 65 del PL. Dentro de este tipo de residencia, se podrá optar a las subcategorías de residencia oficial en calidad de titular *Miembro y Delegado*; c) *Asilados políticos y refugiados*, regulado en los artículos 92 al 95 del PL; d) *Residentes temporales*, regulados en los artículos 66 al 75 del PL; e) *Residencia definitiva*, prevista en el artículo 76 del PL. Adicionalmente, en su artículo 29, este PL prevé la posibilidad de autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos, pero solo por vía excepcional y bajo causas de índole humanitaria.

Al igual que la legislación migratoria vigente, el proceso de expulsión puede iniciarse ante dos supuestos: por una solicitud del propio afectado —al pedir una visa cuyo otorgamiento sea rechazado—; o, por iniciativa de la autoridad ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones que establece el PL. Respecto del primero de los supuestos —solicitud de visa rechazada— el artículo 89 del PL, en sus incisos 4 y 5, contempla *a priori* la orden de abandono del país, medida que debe ser decretada en aquellas resoluciones que acuerden el rechazo de una solicitud de visados o la revocación de estos<sup>1382</sup>. Aquí se observa una diferencia respecto de la legislación migratoria vigente, ya que esta última sí acuerda la expulsión ante estos casos. No obstante, la orden de abandono es homologable a la expulsión al producir sus mismos efectos. El PL señala que el inmigrante ha de contar con, por lo menos, 5 días hábiles para proceder al abandono. He aquí una de las diferencias observadas respecto de la legislación migratoria vigente, ya que en esta última se hace referencia a un plazo para la salida voluntaria menor a 72 horas. Sin embargo, en el artículo 89 del PL se

---

en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional. De modo tal que haremos referencia durante el desarrollo del texto a estas últimas indicaciones, por ser las más recientemente incorporadas a la discusión legislativa. Para más información, véase sitio web oficial de la CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, disponible en: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_buscador.aspx](https://www.camara.cl/pley/pley_buscador.aspx)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1381</sup> Un último avance de este trámite legislativo se encuentra en: Boletín N° 8.970-06, de fecha 05.09.19 indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, de migración y extranjería. Para más información, véase sitio web oficial de la CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Boletín de indicaciones*, disponible en: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_buscador.aspx](https://www.camara.cl/pley/pley_buscador.aspx)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1382</sup> Los incisos 4 y 5 del artículo 89 del PL rezan: “Toda resolución que rechace o revoque un permiso deberá fijar al extranjero un plazo para que abandone el país, que no podrá ser menor a cinco días, sin perjuicio de que se aplique alguna sanción de conformidad a la ley o se resuelva su expulsión del país. Dicha resolución podrá señalar un plazo en el cual el afectado no estará habilitado para ingresar al país. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, el Director Nacional del Servicio, mediante resolución fundada, podrá sustituir la medida de abandono por el otorgamiento de una autorización de residencia o permanencia de vigencia restringida, según se determine en cada caso”.

concede más tiempo para la ejecución de la medida, lo que se traduce en un aporte positivo en beneficio de los inmigrantes.

El director nacional del Servicio Nacional de Migraciones<sup>1383</sup> (en lo sucesivo, Servicio), podrá sustituir la medida de abandono por el otorgamiento de una autorización de residencia o permanencia de vigencia restringida *según se determine* en cada caso. Pero no se definen los parámetros para que el referido funcionario pueda ejecutar estas valoraciones casuísticas. Ello plantea ciertas interrogantes, ya que no se entienden las circunstancias fácticas bajo las cuales puede operar este tipo de sustitución de medida. Lo cierto es que, según lo señala el PL, ante vulneraciones de la aludida *orden de abandono* se debe dictar la expulsión conforme al artículo 123, N° 3 del PL –en el caso de permanencia transitoria–; o, el artículo 13, N° 4 del PL, en el caso de residentes. Aquí también resultan oportunas las consideraciones señaladas respecto de las *revocaciones en sentido estricto*, las *invalidaciones* o las *revocaciones tipo sanción* efectuadas en apartes anteriores (véase, en este mismo capítulo, sección: 3. *Sobre las normas de rango legal*), en relación con las consecuencias jurídicas que se derivan de cada uno de estos actos. De tales consideraciones se desprende que, las facultades de revocación contenidas en el artículo 87 y 88 del PL se refieren a facultades de *revocación con efectos sancionatorios*.

Respecto del segundo, el PL también contempla la imposición de sanciones en caso de infracciones, para lo cual distingue entre *infracciones menos graves* e *infracciones migratorias graves*, disponiendo diferentes tipos de sanción: la amonestación por escrito, la multa y la expulsión del país. En el PL la mayoría de las infracciones vienen aparejadas con la imposición de multas de forma imperativa y en algunos casos con la expulsión, que también es imperativa y nunca facultativa. Acotamos que en esta sección solo atenderemos aquellas causales cuya comisión traen aparejadas la expulsión del país y por ende justifican la detención administrativa del inmigrante con tales fines, por ser este nuestro objeto de estudio. Los artículos 103 al 121 del PL, contemplan un listado de infracciones.

Así podemos observar las siguientes causales de expulsión:

A) *Causales de expulsión en caso de permanencia transitoria reguladas* en el artículo 123 del PL: a) *Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso*: definidas en el artículo 32 del PL<sup>1384</sup>, exceptuando la causal 2°, o

<sup>1383</sup> Mediante el PL se crea el Servicio Nacional de Migraciones, denominado por el referido proyecto bajo las siglas SERMIG y que ha de ser constituido como “...un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República por intermedio del Ministerio del Interior y Seguridad Pública”. Su regulación se encuentra en los artículos 152 al 154 del PL.

<sup>1384</sup> El artículo 32 del PL define como causales imperativas a las siguientes: “1 Prohibiciones imperativas. Se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que: 1. Hayan sido condenados, se encuentren procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente en el extranjero, de pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas o se encuentren registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal por cualquiera de los hechos señalados anteriormente; o de ejecutar o haber ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior. 2. Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria determine que constituyan causal de impedimento de ingreso a Chile, conforme a las normas establecidas en el Código Sanitario. 3. Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los cinco años anteriores. 4. Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida. 5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, lesa humanidad, genocidio, tortura y

salvo que se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29 relativas a las de índole humanitaria; b) *Incurrir durante la permanencia en el país en alguna de las causales* del artículo 32 relativas a la prohibición de ingreso –antes referidas–, con excepción de la señalada en el número 2 de dicho artículo; c) *No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país* –dentro del plazo fijado por resolución de la Subsecretaría del Interior– señalada en el artículo 89 del proyecto para los casos de revocación o rechazo de visados; d) *Reincidir en la conducta de ejercer actividades remuneradas sin tener autorización o estar habilitado para ello*, habiendo sido sancionado previamente por esta misma conducta; e) *Efectuar declaraciones falsas*, adulteración o falsificación en cualquier clase de documento al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o para obtener un beneficio migratorio para sí o para un tercero.

B) *Causales de expulsión de residentes* reguladas en el artículo 124 del PL: a) *Ingresa al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso* de las señaladas en el artículo 31 N° 1 –relativo a la pertenencia a movimientos o grupos terroristas o los que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior–, o N° 8 –relativo al incumplimiento de los requisitos de ingreso del PL, su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las Categorías Migratorias–, salvo que se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29 relativas a las de índole humanitaria ; b) *Incurrir durante su residencia en el país en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1 u 8 del artículo 32 del PL*; c) *No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país* señalada en el artículo 89 del PL, dentro del plazo fijado por resolución del Servicio; d) *Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de residencia* sin haber solicitado su renovación en un plazo superior a ciento ochenta días corridos contado desde el vencimiento del mismo, salvo que por caso fortuito o fuerza mayor el extranjero no pudo realizar tal renovación.

De la enumeración anterior se desprenden variadas hipótesis de expulsión. No obstante, el hecho de que todas estas sean causales de expulsión a modo imperativo se traduce en la percepción de una mayor restricción hacia los inmigrantes. Además, en la descripción de todos estos supuestos se puede observar un silencio total respecto de alguna potestad de ponderación que faculte a la autoridad migratoria para tomar en consideración las razones que han motivado al inmigrante a incurrir en dichas situaciones<sup>1385</sup>. Ello incide

---

terrorismo, homicidio, femicidio, parricidio, secuestro, sustracción de menores, delitos sexuales contra los menores de edad, producción de material pornográfico infantil, promoción o facilitación de la prostitución infantil, infanticidio, abuso sexual, robo con intimidación o violencia, robo con homicidio y robo con violación; o se encuentren con procesos pendientes en el extranjero por esos delitos y aquellos contemplados en los párrafos V y VI del Título séptimo del Libro II del Código Penal. 6. Hayan sido condenados en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita, o no haya sido efectivamente cumplida, con excepción de aquellos casos en que deban reingresar al país para efectos de dar cumplimiento a la condena. 7. Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 8. No cumplan los requisitos de ingreso establecidos en esta ley y su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las categorías migratorias. 9. Hubieren contravenido normas fundamentales del derecho internacional, o estén procesados o condenados por el Tribunal Penal Internacional”.

<sup>1385</sup> Aquí es importante abrir un paréntesis para acotar que, el PL original de 2013 sí contemplaba en su artículo 119 N° 4, el deber de escuchar previamente al inmigrante respecto de las razones que motivaron su retraso en la renovación del plazo de residencia. Pero esta previsión fue suprimida en el PL que actualmente se encuentra en trámite legislativo.

negativamente en el resguardo de los derechos que le asisten al inmigrante. El artículo 125 del PL hace referencia al deber que tiene la autoridad de considerar, con antelación a la dictación de una medida de expulsión, ciertos aspectos circunstanciales<sup>1386</sup>. Este artículo está redactado en términos similares a los del PL original de 2013 y no fue abordado por ninguna de las indicaciones presidenciales presentadas. Pero el citado artículo solo parece referirse al deber que tiene la autoridad migratoria de considerar estos aspectos en el fundamento de sus decisiones de expulsión, ya que de la lectura de los artículos 123 y 124 se desprende la imperatividad de estas medidas.

Respecto de la duración de las prohibiciones de entrada, el PL original de 2013 en su artículo 82 parte final, señalaba que las resoluciones de expulsión *debían* señalar un plazo en el cual el afectado no estará habilitado para ingresar al país. Además, el artículo 124 del referido PL original de 2013 estipulaba que el plazo de prohibición de ingreso al país *podría* ser perpetuo, agregando –según su artículo 129– que dicha medida *podría* disponerse de manera indefinida o por un plazo determinado. No obstante, las previsiones referidas en el párrafo que antecede fueron modificadas parcialmente en el PL que actualmente se encuentra en discusión. De la redacción del artículo 89, inciso 4° del PL, se lee que las prohibiciones de ingreso podrán ser facultativas en los casos de acordarse una orden de abandono. Toda resolución que rechace o revoque un permiso –junto a la orden de abandono– podrá señalar un plazo en el cual el afectado no estará habilitado para ingresar al país. Diferente sucede respecto de las órdenes de expulsión. El artículo 129 del PL culmina estipulando que el acto administrativo de expulsión *deberá* establecer el plazo de prohibición de ingreso al país, lo que denota que la prohibición de entrada en estos casos debe ser acordada imperativamente en los casos de expulsión.

Además –continúa señalando el artículo 129 del PL– este plazo de prohibición de ingreso acordado en los casos de expulsión *podrá ser indefinido*. El artículo 133 del PL añade que en los casos de expulsión la medida de prohibición de ingreso podrá disponerse por un plazo determinado o por razones graves y calificadas de forma *indefinida*. Si bien las prohibiciones de ingreso en la legislación migratoria vigente no tienen un lapso de duración, según lo estipulado en el PL, estas sí podrían tener un periodo de duración definido. Esto constituye un aspecto positivo. Y, no obstante, el PL también contempla la posibilidad de que estas prohibiciones tengan una duración *indefinida*. Ello parece estar sujeto a la discrecionalidad de la autoridad actuante, ya que en el texto propuesto no se establecen criterios que permitan definir bajo que parámetros se podrá acordar esta duración indefinida. El artículo 133 del PL solo indica que ello obedecerá a razones *graves y calificadas*. Aquí hemos de repetir los criterios emitidos respecto de las duraciones *ad eternum* de las prohibiciones de entrada contempladas por la legislación migratoria vigente. Y es que, es necesario que en la legislación migratoria se contemplen causales de expiración de la prohibición la disposición<sup>1387</sup>. Como nos recuerda Nash, las facultades para restringir el

---

<sup>1386</sup> El artículo 125 contempla estos aspectos: “1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión. 2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener. 3. La reiteración de infracciones migratorias. 4. El período de residencia regular en Chile. 5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva. 6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia. 7. El patrimonio y los bienes que tuviere en el país. 8. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional”.

<sup>1387</sup> Cfr. DÍAZ (2016) pp. 192-193.



ejercicio de derechos están supeditadas al cumplimiento de ciertas condiciones proporcionales, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima<sup>1388</sup>. En las Indicaciones de 2019 se acordó agregar –respecto del artículo 129– a continuación de la expresión “podrá ser indefinido”, la frase: “respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en los artículos 32 y 33”. Si bien la fijación de tales parámetros podría ofrecer mayor seguridad jurídica respecto de la duración de estas prohibiciones de entrada, no es menos cierto que hemos de acusar la excesiva duración de tiempo de una prohibición de entrada aplicable ante la comisión de ciertos delitos<sup>1389</sup>.

Si tomamos en cuenta que el PL propugna como objetivo primordial el asegurar que la migración se realice de manera segura y regular, y si consideramos la pléyade de derechos reconocidos en sus primeros artículos, junto a otros aspectos positivos –tales como: a) la posibilidad de autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos, por vía excepcional y bajo causas de índole humanitaria; b) la concesión de mayor lapso de tiempo para la ejecución de la medida de abandono; c) la posibilidad de que la orden de abandono sea sustituida por otra medida que acuerda la residencia limitada; d) la posibilidad de que la duración de las prohibiciones de entrada sean de duración definida– diríamos que esta propuesta presenta ciertas ventajas respecto de la legislación migratoria vigente, que se traducen en beneficios para el resguardo de los derechos del inmigrante en materia de detención y expulsión.

No obstante, también se observan muchos otros aspectos que podrían tildarse de desventajosos en lo tocante a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes, y que ubican al PL en un rango inferior si lo comparamos con la legislación migratoria vigente. Nos referimos aquí a: a) la ausencia de parámetros claros y precisos que permitan al Servicio proceder de un modo fundamentado a la sustitución de la medida de abandono por el otorgamiento de una autorización de residencia o permanencia de vigencia restringida; b) la totalidad de las infracciones vienen aparejadas con la imposición de multas de forma imperativa y en algunos casos con la expulsión, que también es imperativa y nunca facultativa. Además, en la descripción de todos estos supuestos se puede observar un silencio total respecto de alguna potestad de ponderación que faculte a la autoridad migratoria para tomar en consideración las razones que han motivado al inmigrante a incurrir en dichas situaciones, lo que incide negativamente en el resguardo de los derechos que le asisten al inmigrante; c) La duración de las prohibiciones de entrada también podría ser fijada por tiempo indefinido o con plazos de duración muy excesivos. Se trata pues de aspectos que deberían ser evaluados a fin de asegurar una legislación migratoria que sea cónsona con los estándares internacionales de derechos humanos.

Las propuestas que se extraen del derecho de la UE pueden resultar orientadoras respecto de la duración de las prohibiciones de entrada y respecto de la necesidad de adoptar decisiones bajos criterios de ponderación. Aquí se estipula que dichas prohibiciones se basaran en datos objetivos y que su duración será determinada tomando en consideración todas las circunstancias relevantes del caso individual. En este sentido, las decisiones de

<sup>1388</sup> NASH (2010b) pp. 68-69.

<sup>1389</sup> La mayoría de los casos regulados en el artículo 32 de las Indicaciones de 2019 están basados en la comisión de delitos, donde las prohibiciones parten desde 10 años, en los casos de delitos más simples, extendiéndose a 40 años según la gravedad, e incluso en la duración de la prohibición de entrada a modo indefinido. Se observa una disparidad entre la duración de la prohibición de entrada -excesiva- y la entidad del delito perpetrado por el inmigrante en base al cual se fija esa duración.

retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o si la obligación de retorno no se ha cumplido. Y su duración se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto.

### **5.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

El artículo 131 del PL nos precisa que una vez que este firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión de un extranjero, se podrá acordar *la privación de libertad del detenido*. El plazo de privación de libertad a que estará sujeto el expulsado –para efectos de ejecutar la medida– no podrá exceder de 72 horas, de lo que se deduce que la detención es entendida como medida preparatoria para la expulsión. Aunque el PL hace alusión al empleo de la detención como una medida facultativa, no se observa el empleo de otras medidas menos gravosas para asegurar la expulsión. De hecho, en la redacción de este proyecto se echa en menos una alusión expresa a la naturaleza excepcional que debe caracterizar a la medida de detención. Y si bien el artículo 134 del PL hace alusión a otras *medidas de control* que pueden ser empleadas por la autoridad –en casos de contravención a sus disposiciones, tales como: la fijación de domicilio; la presentación periódica en sus dependencias; y la retención del documento de identidad chileno– estas no se encuentran enmarcadas dentro de la sección del PL que alude a las medidas de expulsión, como si parece hacerlo respecto de la medida de privación de libertad.

En el referido artículo 131 se indican los lugares en los que se debe ejecutar la medida de detención con fines de expulsión. Estas “...sólo podrán practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la policía, dando cumplimiento a los estándares sanitarios y de habitabilidad adecuados”. El PL original de 2013 excluía los recintos penitenciarios, e indicaba el deber de separación de la población penal y de personas del sexo opuesto<sup>1390</sup>. En esta previsión se incluían ciertos estándares internacionales para asegurar el resguardo de la dignidad inherente a todo ser humano, contemplados por la CPR y demás instrumentos internacionales y que se echa de menos en la legislación migratoria vigente, así como en el PL actualmente en trámite. Sin embargo, en las Indicaciones de 2019 se acordó agregar a continuación de la locución “habitabilidad adecuados” la siguiente frase: “y de seguridad individual, establecidos en las letras b), c), d) y e) del numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”. Estos preceptos constitucionales están referidos al debido proceso durante la detención, a fin de garantizar el resguardo de la libertad personal. Pero nada se aporta en relación con las condiciones mínimas que deben cumplir los lugares destinados a la detención de inmigrantes.

Por su parte, si bien puede ser un aporte positivo que la detención del inmigrante pueda ser efectuada en el domicilio del inmigrante, no puede decirse lo mismo respecto de la designación de las *dependencias de la policía* como lugares destinados para la detención de inmigrantes. Ello resulta incongruente con los principios internacionales y demás criterios jurisprudenciales emitidos en materia de detención de inmigrantes engarzadas en la idea de asegurar un trato digno para los inmigrantes, lo que no se lograría si estas medidas se ejecutan en dependencias policiales que no están habilitadas para estos fines. También resulta incongruente con lo preceptuado en el mismo PL, en sus artículos 3 y 10, respecto de los

<sup>1390</sup> Cfr. PL original de 2013, art. 126.

Principios Fundamentales de Protección que promueven precisamente la aplicación de aquellos estándares internacionales. El artículo 3 del PL señala que su objetivo es la promoción y garantías de los derechos; y, por ello, según el artículo 10 del PL, sus disposiciones deberán ser interpretadas siempre en armonía con los valores, principios, derechos y libertades contenidos en la CPR y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El artículo 11 del PL agrega que en su interpretación debe tomarse en cuenta el principio *pro homine*. Pero en la designación de las dependencias policiales como lugares para la detención de inmigrantes, se contradicen esos principios. En cambio, sería recomendable que la detención pueda ser efectuada en el domicilio del inmigrante –como lo propone el PL–, o que, en su defecto, los inmigrantes sean trasladados a lugares especializados que cumplan con las condiciones mínimas en cuanto al espacio y condiciones sanitarias, entre otros aspectos. Aquí, también reviste de interés el ejemplo observado en la directiva retorno, que estipula que el internamiento debe realizarse por regla general en lugares especializados de detención, para brindar un trato diferente al inmigrante respecto del que reciben los presos comunes, considerando que el derecho fundamental impone que determinado comportamiento reciba una protección jurídica preferente frente a otros en determinadas circunstancias<sup>1391</sup>.

El PL contempla varias causales para proceder a la expulsión y –a diferencia de la legislación migratoria vigente– agrega ciertos parámetros en su artículo 131 para la protección de los derechos del expulsado. Entre estos se incluye el deber de permitir el contacto de familiares y representantes legales y el de recibir tratamiento médico cuando sea necesario. El artículo 15 del PL también garantiza, incluyendo aquellos que se encuentren en condición migratoria irregular, la atención de salud. No obstante, el referido artículo 3 del PL acota que, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas, *hasta el máximo de los recursos disponibles* y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la CPR, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esta previsión no se encontraba presente en el PL original de 2013. Además, el PL en su artículo 131 señala que la detención se efectuara en lugares que cuenten con los *estándares sanitarios y de habitabilidad adecuados*, aspecto importante para reducir los niveles de opacidad y caos que se acusa en muchos de los centros de internamiento. No obstante, en el referido PL no se hace referencia a las facilidades y tiempo para la recreación o esparcimiento del detenido, provisión de servicios básicos relativos a su higiene, alimentación, lugar de descanso, que indudablemente deben ser proporcionadas al detenido en la espera de su expulsión. Aquí, una vez más resultaran orientadoras las previsiones contenidas en los artículos 3 y 10 del PL. Ello para suplir las falencias anteriormente acusadas en el PL respecto de las condiciones de estos lugares.

El PL en su artículo 131 hace referencia a la duración de la medida de detención que no puede exceder de 72 horas. Ello resulta positivo si se compara con el PL original de 2013, que establecía un plazo máximo de 5 días. No obstante, la parte final de este precepto reza que el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Esta previsión se conserva en iguales términos a la redacción del artículo 126, último inciso, del PL original de 2013. Ello se traduce en inseguridad jurídica para el inmigrante, quien podría ser nuevamente detenido una vez

---

<sup>1391</sup> VILLAVERDE (2002) p. 331.

vencido el plazo de 72 horas. Asimismo, el artículo 130 del PL señala que las medidas de expulsión y retorno asistido podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento por la misma autoridad que las dictó. Se entiende que, con la revocación o suspensión de la medida de expulsión, la detención administrativa debería cesar. Ello es así porque, según el PL, la medida de detención se concibe como necesaria solo a los fines de garantizar la expulsión<sup>1392</sup>. Al respecto, el artículo 136 del PL solo dispone la posibilidad de reclamar judicialmente de la orden de expulsión. Pero respecto de la detención, por tratarse de otro acto previsto en el PL, sí se admite la interposición de los recursos administrativos contemplados en la LBPA, así como los demás recursos y acciones judiciales correspondientes. Ello se traduce en la posibilidad de accionar el amparo constitucional o *habeas corpus* contra las medidas de detención administrativa.

Otro aporte interesante del PL se observa en su artículo 95, en el que se incluye el resguardo al principio de *non refoulement*, aceptado ampliamente por la comunidad internacional y demás instrumentos que integran este ámbito. Esta inclusión le diferencia notablemente de la legislación migratoria vigente, que no contiene ninguna referencia al respecto. Esta inclusión quizás refleje la intención de escuchar las recomendaciones efectuadas por diversas organizaciones de derechos humanos, tales como Amnistía Internacional al referirse a los cambios que deben operarse en la legislación migratoria chilena<sup>1393</sup>. Sin embargo, la forma en la que está redactada esta prescripción en el PL nos plantea interrogantes respecto de aquellos inmigrantes que aún no ostenten la cualidad de asilado político y no obstante su libertad peligre ante una eventual expulsión a estos países.

Por otra parte, de la redacción del texto tampoco se observa referencia alguna respecto de la puesta en riesgo a la vida del inmigrante o al riesgo de ser sometidos a torturas y tratos crueles o inhumanos, elementos que generalmente han caracterizado la redacción del principio de *non refoulement* en otros textos e instrumentos internacionales. Tengamos en mente que el principio de no devolución está recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra, de 1951 obligando a los Estados a no devolver, retornar, expulsar o extraditar a un refugiado a su país de origen ni a otros en los que *su vida* o su *libertad* corran peligro. Lo que se pretende entonces es brindar protección a la vida y a la seguridad personal ante una eventual expulsión. Aquí resulta conveniente traer a colación lo señalado por la CIDH respecto de esta protección, al precisar que el derecho a la seguridad personal comprende el goce legal e ininterrumpido de la vida de una persona, de sus extremidades, su cuerpo, su salud y su reputación<sup>1394</sup>. Estos aspectos debieran ser contemplados en el PL, a fin de garantizar la protección del *non refoulement* de forma integral. Sin embargo, en atención a las previsiones de los artículos 3 y 10 del referido PL, se podrían aplicar estas previsiones internacionales que han sido ratificadas y vigentes en Chile, subsanando las falencias antes acusadas.

---

<sup>1392</sup> Cfr. Artículos 124 y 126 del PL original de 2013.

<sup>1393</sup> Para más información, véase sitio web oficial de AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Chile sin barreras: Por una nueva Ley de Migración, Hacia la construcción de una legislación con enfoque de derechos humanos*, p. 2, disponible en: <<https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2017/03/Hacia-la-construcción-de-una-legislación-migratoria-con-enfoque-de-derechos-humanos-en-Chile.pdf>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1394</sup> CIDH, *Informe de Fondo n° 51/96, caso 10.675, personas haitianas –haitian boat people– (Estados Unidos)*, 13 marzo 1997, párr. 170.

## 5.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

Uno de los aspectos positivos del PL se observa en la promoción genérica de los derechos de los inmigrantes, contenida en el artículo 3. Asimismo, en el artículo 10 del PL también se regula la aplicación armónica de la CPR y las normas internacionales de derechos humanos. Así que, de modo indirecto, en la redacción de estos preceptos se alude al deber de promoción del derecho a la vida familiar por parte del Estado.

Recordemos que el reconocimiento del derecho a la vida familiar está vinculado a la necesidad de asegurar la preservación de su unidad. Aquí adquiere relevancia el derecho a la reagrupación familiar como un mecanismo fundamental para permitir el goce de la vida en familia a los migrantes. El artículo 19 del PL hace referencia expresa a la reunificación familiar, postulando que los residentes podrán solicitar dicha reunificación con su cónyuge o conviviente, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría. Se observa entonces la promoción de la unidad familiar, a fin de restablecer la dignidad que asiste a todo inmigrante y, especialmente, para brindar protección a los niños y menores de edad bajo la tutela de sus padres u otros parientes adultos. Por su parte, el artículo 4 del PL reconoce el principio del interés superior del niño. No obstante, el artículo 28 del PL contempla algunos requisitos para el ingreso de menores no acompañados a territorio chileno. Ante la ausencia de alguno de estos, se dará inicio al procedimiento de retorno asistido contemplado en el artículo 123 del PL. El artículo 28 del PL señala que los menores de 18 años deben estar acompañados al momento de ingresar al país; si no, deberán contar con la autorización respectiva. Sin embargo, para el caso de aquellos menores no acompañados o que no cuenten con dicha autorización, el PL prevé el inicio del procedimiento de retorno.

El artículo 128 del PL estipula que los extranjeros menores de 18 años –no acompañados o que no cuenten con la autorización correspondiente– no podrán ser expulsados. Pero sí acuerda el inicio del procedimiento de retorno asistido al país del cual son nacionales, privilegiando el interés superior del niño, niña o adolescente y su situación de vulnerabilidad. También se ha de resguardar el derecho a ser oído, el principio de *no devolución* y demás principios aplicables, informando al menor afectado de su situación y derechos, de los servicios a los que tiene acceso y del procedimiento de retorno al que será sometido, así como del lugar y condiciones en que se mantendrá en el país mientras no se realice el retorno. Asimismo, se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del menor, de su ubicación y condiciones, promoviendo la búsqueda de familiares adultos. No obstante, no adherimos a la aplicación del retorno asistido de menores de edad no acompañados contemplado en el PL, ya que una solución más acorde con el resguardo de sus derechos humanos sería que este fuese acogido en Chile junto a su familia. En este caso, el beneficio de la reunificación familiar también podría ser reconocido al menor inmigrante y hacerse extensivo al resto de su grupo familiar.

El PL también añade que, durante el procedimiento de retorno asistido, estos menores de edad no acompañados han de quedar bajo la tuición de la autoridad encargada de la protección de menores. En materia de detención con fines de expulsión, el PL –al igual que la normativa migratoria chilena vigente– no establece estándares o exigencias específicas aplicables en los casos de detención y expulsión de inmigrantes en los que se vea afectado su núcleo familiar. Sin embargo, la prohibición de detención a extranjeros menores de edad constituye un aspecto innovador respecto de la legislación migratoria vigente. Las

recomendaciones en el ámbito internacional apuntan a proscribir la detención de estos grupos etarios, en atención a la protección del interés superior del menor y al resguardo de sus derechos humanos. Y, de admitirse la detención de menores, ello está supeditado a ciertos criterios o parámetros *protectores*.

A la normativa migratoria vigente se le acusa por vulnerar el derecho a la vida familiar. Este derecho no se toma en cuenta, salvo que se trate de personas que lleven varios años en el país y que hayan formado una familia, ya sea con un nacional o con otro extranjero, y que tengan hijos nacionales<sup>1395</sup>. En este contexto, revisten de interés las previsiones del PL contenidas en el artículo 125 N°s 5 y 6. En este se hace referencia a las órdenes de expulsión, así como a los aspectos que deben ser considerados con antelación a la dictación de la medida para darle una debida fundamentación. Sobre este asunto, el PL propone que antes de dictar la medida de expulsión se debe considerar respecto del extranjero afectado el tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva; y, tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva, así como la edad de estos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia. Pero, como lo señalábamos en segmentos anteriores de este aparte, estos aspectos solo deben ser considerados respecto de la fundamentación de la medida de expulsión, mas no fungen como parámetros de ponderación respecto de la procedencia de la medida d expulsión.

Otro aspecto que podría incidir negativamente en el derecho a la vida familiar se observa en la prohibición de entrada que, según los artículos 129 y 133 del PL, puede ser acordada a perpetuidad. Al igual que la legislación migratoria vigente –que no contempla un plazo de duración de las prohibiciones de entrada–, este tipo de sanciones indefinidas impactan a muchas familias. Ello exige limitaciones en el tiempo de duración<sup>1396</sup> para evitar la vulneración de estos derechos. Debiera tenerse en cuenta que la referida propuesta legislativa consagra como uno de sus objetivos el cuidado de la familia –mediante la reunificación familiar– para proteger su unidad. Por ello, los vínculos familiares deben ser parámetros para ponderar<sup>1397</sup> respecto de la determinación de las prohibiciones de entrada.

### 5.3. Del derecho al debido proceso.

Revisaremos las previsiones del PL atendiendo a las diversas actuaciones en las que puede verse inmerso el inmigrante en un proceso migratorio.

A) *Procedimiento administrativo de solicitud de otorgamiento de visados*: según el artículo 36 del PL, todo lo relativo a los procedimientos para la obtención de visados –incluyendo datos, documentos y plazos en que se deben presentar– así como los requisitos específicos para su obtención será regulado por el reglamento respectivo. Es decir, que esta propuesta legislativa –aunque define los lapsos o plazos con los que cuenta el inmigrante para interponer las respectivas solicitudes– nada indica respecto de los lapsos con los que cuenta la autoridad migratoria para brindar oportuna respuesta de dichos trámites. Si bien la definición de los plazos antes señalados ha sido pospuesta hasta que se promulgue el correspondiente reglamento, no debe olvidarse que este tipo de falencias a nivel normativo afecta el derecho al debido proceso, específicamente en lo que atañe al *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Este acusado silencio legislativo podría ser subsanado con la

<sup>1395</sup> ARAVENA (2013) pp. 27, 31.

<sup>1396</sup> OLEA (2013) pp. 24-25.

<sup>1397</sup> TORREALBA (2013) p. 14.

aplicación del artículo 10 del PL en cuanto a la aplicación de los tratados vigentes y ratificados por Chile en materia de derechos humanos.

Por otra parte, a diferencia de la legislación migratoria vigente, en el PL el listado de infracciones es bastante preciso. Pareciera que se intenta evitar el empleo de *conceptos jurídicos o normativos indeterminados* acusados respecto de la legislación migratoria vigente<sup>1398</sup>. También se eliminaron las nociones de *conveniencia y utilidad nacional* – presentes en el DL 1.094, precisando las situaciones consideradas como infracciones de tipo imperativo y facultativo. Y, por último, también hemos de agregar que en el PL se suprimió la amplia discrecionalidad de la autoridad migratoria – presente en la legislación migratoria vigente – para evaluar la concurrencia de estas infracciones. Ello podría entenderse como un aspecto positivo ya que la autoridad migratoria no cuenta con un margen de acción que permita la comisión de posibles arbitrariedades. Pero, no es menos cierto que tampoco se le permite a la autoridad migratoria efectuar una ponderación de las circunstancias reinantes ante cada infracción. Recordemos que, aunque en materia sancionadora rige una reserva de ley, lo cierto es que el principio de legalidad no queda infringido cuando la definición del tipo introduce conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación a la autoridad actuante.

Según el artículo 89 del PL, con la revocación de un visado se ha de acordar la expulsión del inmigrante. Para ello se concederá al afectado el plazo de 10 días, a fin de que presente sus descargos respecto de la causal de rechazo o revocación invocada por la autoridad. Y contara con un plazo no inferior a 5 días a fin de *abandonar* el país. El PL sustituye el abandono *voluntario* -previsto en el DL 1.094-, por una orden de abandono. Los rechazos y revocaciones que acuerdan el abandono voluntario se han de disponer mediante resolución fundada emitida por el Servicio, exenta del trámite de toma de razón. Ello vulnera el principio de control de la legalidad de los actos de la administración, si se afectan derechos. Según el artículo 142 del PL la notificación de esta orden debe efectuarse por correo electrónico o por carta certificada dirigida al último domicilio que el extranjero tenga registrado ante el Servicio. Esto difiere del PL original de 2013, cuyo texto señalaba que la notificación debía efectuarse personalmente por la Policía. Hemos de terminar este aparte agregando que, al igual que la legislación migratoria vigente, el plazo para la ejecución de la orden de abandono sigue siendo excesivamente corto.

B) *Reclamación en sede administrativa ante rechazo o revocación de un visado, u orden de expulsión sancionatoria*: El artículo 136 del PL contempla expresamente la posibilidad de interponer los recursos administrativos establecidos en la LBPA contra las resoluciones que acuerde la autoridad migratoria. En esto se observan notables diferencias respecto de la legislación migratoria vigente, ya que esta última no contiene ninguna mención expresa, sino que su aplicación se deduce por vía supletoria. No obstante, el referido artículo no permite ejercer un reclamo por vía administrativa -contra las órdenes de expulsión- sino mediante otras acciones judiciales, como lo veremos más adelante.

El PL contempla diversos modos de efectuar la notificación según la resolución de que se trate. Así, según el artículo 142 del PL, en el caso de las resoluciones que otorguen o rechacen una solicitud de residencia o permanencia -revoquen visa una ya otorgada o impongan alguna sanción distinta de la expulsión- serán notificadas por correo electrónico o por carta certificada dirigida al último domicilio que el extranjero tenga registrado ante el

---

<sup>1398</sup> PONCE DE LEÓN (2017) p. 64.

Servicio. El PL original de 2013 solo contemplaba la carta certificada como medio de notificación de este tipo de resoluciones. Esta se entenderá practicada al tercer día desde la fecha de recepción de la carta en la oficina de correos que corresponda o de la recepción del correo electrónico. Además, el PL señala que dichas notificaciones podrán hacerse en las oficinas de la Subsecretaría del Interior, si el interesado se apersonare a recibirla, firmando en el expediente la debida recepción. No obstante, según el artículo 144 del PL, el Servicio podrá establecer *otras formas* de notificación que fueren convenientes para una mejor comunicación de sus resoluciones. Hemos de observar que la imprecisión de estas modalidades –con un amplio margen de maniobrabilidad por parte de la autoridad migratoria la definición de estas– se traduce en inseguridad jurídica para el inmigrante, sobre todo si tenemos en cuenta que la ejecución de la expulsión depende de la formalidad del acto de notificación. De ahí que esta previsión resulta incompatible con las garantías que exige el debido proceso respecto de la notificación.

Por su parte, el artículo 131 del PL contempla ciertos derechos que le asisten al inmigrante durante la detención administrativa con fines de expulsión. Entre estos se cuenta el derecho a: 1. Ser notificados de la medida de expulsión, sus motivos, de los recursos que pueden interponer en contra de la resolución que la establece y sus derechos en calidad de privados de libertad; 2. Permitir el contacto de familiares y representantes legales; 3. Recibir tratamiento médico cuando sea necesario; 4. Comunicarse con su representación consular; y 5. Solicitar un intérprete, si no habla o entiende el castellano. Se contemplan de este modo ciertas garantías que no estaban contempladas en el DL 1.094, lo que se traduce en mayor resguardo del debido proceso.

El artículo 127 del PL promueve el rembarque inmediato para aquel extranjero que ingrese al país, estando aún vigente la resolución que ordenó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso al territorio nacional. Ello se acordará sin necesidad de que se dicte una nueva resolución. Este procedimiento también será aplicable a quienes intenten ingresar a territorio nacional eludiendo el control migratorio, ya sea por pasos habilitados o no, o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona. En este último caso, estos extranjeros serán devueltos a la frontera. De esta devolución inmediata se exceptuarán a los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la perpetración de un delito o sean requeridos o deban permanecer en Chile por orden de los tribunales de justicia chilenos, en cuyo caso deberán ser puestos inmediatamente a disposición de éstos. Tampoco se reembarcará a las personas que presenten indicios de ser víctimas de trata de personas, secuestro o cualquiera otro delito que ponga en riesgo su vida.

En estos casos de *devolución inmediata* se contempla la posibilidad de ejercer recursos desde el exterior por ante los consulados chilenos. El plazo para presentar el recurso será de 15 días, contados desde la notificación de la medida. A falta de aclaratoria, se entiende que esta notificación se efectuara a través de correo electrónico o por carta certificada en el domicilio del afectado con la medida. Pero tales medios de notificación no resultan factibles, entendiéndose que se trata de una devolución *en caliente*, directamente en la frontera o en el puesto de control migratorio. Asimismo, la interposición de los recursos administrativos correspondientes no suspenderá la aplicación de la resolución de reconducción. Ello, sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan. Aquí se deja el campo abierto para incoar acciones judiciales como el amparo. Aquí el PL contempla otros derechos procesales, tales como el derecho a ser oído por la autoridad contralora previo a la ejecución de la medida, a ser informado del procedimiento de reconducción o reembarco al que será



sometido y los recursos procedentes contra el mismo, a comunicarse con sus familiares que se encuentren dentro del territorio nacional, y a ser asistido por un intérprete. En estas previsiones se observan marcadas diferencias con la legislación migratoria vigente que nada contempla para estos casos de reembarque.

C) *Reclamación judicial*: En el PL original de 2013, según su artículo 134, los extranjeros afectados por una medida de expulsión sólo podrían reclamar judicialmente de ésta, dentro del plazo de 48 horas contadas desde la notificación de la resolución respectiva. Se excluía la posibilidad de recurrir por vía administrativa de la resolución que ordena la expulsión. Sin embargo, el PL de 2019 suprimió este precepto y en su artículo 136, permite recurrir administrativamente de cualquier otra resolución en materia migratoria. Empero, respecto de las órdenes de expulsión solo se admiten los demás recursos y acciones judiciales que procedan. Entendemos que estas previsiones aluden a la acción constitucional de amparo o *habeas corpus* en sede judicial contra las decisiones de expulsión por afectar la libertad ambulatoria. Sobre estas acciones nos hemos referido con anterioridad (véase la sección 3.3).

No dejan de revestir importancia las Indicaciones de 2019 sobre el tema de los recursos judiciales contra la orden de expulsión. Aunque algunas se han decantado por la posibilidad de incoar recursos administrativos contra estas resoluciones, otros se han pronunciado por la regulación de una acción judicial especial de reclamación. Con estas indicaciones se observa una actitud reacia –por parte de los legisladores– respecto de la exclusión de una acción judicial especial para reclamar de las órdenes de expulsión. En todo caso solo queda esperar bajo que parámetros se regularan estos y otros aspectos en la aprobación final del proyecto de ley, del cual aún se está en espera.

## CAPITULO IV. LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

Sumario:

1. La labor de los tribunales superiores de justicia en la interpretación del derecho migratorio chileno.
  - 1.1. Criterios generales.
    - 1.1.1. Ámbitos de aplicación de la normativa vigente.
    - 1.1.2. Interpretación de nociones ambiguas.
  - 1.2. Criterios específicos.
    - 1.2.1. Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.
    - 1.2.2. Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.
    - 1.2.3. Duración de la prohibición de entrada.
    - 1.2.4. Principio de proporcionalidad de la medida.
2. Revisión de criterios jurisprudenciales emitidos en materia de detención y expulsión.
  - 2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 2.3. Del derecho al debido proceso.

### **1. La labor de los tribunales superiores de justicia en la interpretación del derecho migratorio chileno.**

El valor de los preceptos legales –más allá de sus resultados– estriba en el significado que le otorguen sus intérpretes operadores. Estos resultados serán diferentes según la técnica empleada. Ello conduce al contrasentido de la interpretación legal y las tomas de posición entre los estudiosos del derecho. En este orden de ideas, existen distintos tipos de interpretación de la ley y, dentro de ellas, la interpretación judicial viene a ser efectuada por los jueces con exclusiva aplicación -obligatoria- para el caso concreto de que se trate. Aquí es necesario tomar en cuenta que este tipo de interpretación no está entregada al libre arbitrio del sentenciador, dado que es la ley la que señala los principios fundamentales que se deben seguir respecto de la interpretación legal.

Sin embargo, el juez es el funcionario público encargado de aplicar el derecho y definir la justicia. Por ende, este operador jurídico es quien transforma las leyes generales en sentencias concretas que resuelven las controversias entre sujetos, creando nuevos significados al lenguaje del derecho y construyendo nuevos sentidos de este último. En este sentido, la importancia de la labor de los tribunales superiores de justicia se incardina en la interpretación que se hace del derecho; y, en el caso que aquí nos ocupa: en la interpretación y aplicación del derecho migratorio vigente en Chile al asunto en concreto. De este modo, todas aquellas normas de aplicación general conformadas por la legislación migratoria vigente en Chile pasan a surtir sus efectos jurídicos en el caso concreto del que conoce el operador de justicia –atendiendo a todas sus connotaciones especiales– a fin de brindar una respuesta ajustada a derecho ante la controversia planteada.

Las acotaciones anteriores revisten de especial interés en el tema que aquí nos ocupa, ya que la interpretación judicial aplicable al caso en concreto permitiría al operador de justicia

reafirmar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. La legislación migratoria vigente en Chile ha sido considerada como una normativa desajustada a la realidad actual en materia migratoria y a los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, reviste de interés el criterio emitido por el TCCh, al sostener que el artículo 13 del DL 1.094 es “una norma preconstitucional [...] que admite masivas vulneraciones de derechos” y, por ende, esta potestad del Ministerio del Interior “está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el derecho Internacional y, especialmente, desde el derecho internacional de los derechos humanos”<sup>1399</sup>. No obstante, los estándares internacionales podrían ser aplicados mediante la interpretación judicial, lo que –de ser implementado– constituiría una herramienta para el operador de justicia. Ello brindaría un mayor resguardo de los derechos humanos del inmigrante, dotando de verdadero sentido a la norma.

Un ejemplo de esta labor hermenéutica –que sería digna de imitar por el resto de los tribunales chilenos– puede observarse en los siguientes señalamientos emitidos por el TCCh, de los cuales extraemos lo siguiente<sup>1400</sup>:

“En el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 12 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y finalmente, que el propio artículo 19 N°7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”<sup>1401</sup>.

<sup>1399</sup> Véase TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 21.751-2012* (2012, rol N° 2273-12) considerando 7°.

<sup>1400</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 21.751-2012* (2012, rol N° 2273-12).

<sup>1401</sup> Véase TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que*

Nótese que, en el fallo anterior, el operador de justicia –tras sostener el deber que tiene la autoridad migratoria de ajustar sus actuaciones a los estándares en internacionales en materia de derechos humanos– ha reconocido indirectamente las falencias palpables en la legislación migratoria vigente en Chile relativas a la ausencia de disposiciones que permitan la protección de los derechos humanos de los inmigrantes.

No obstante, para subsanar dichas falencias el juzgador alude a las disposiciones que sí están contempladas en la CPR y demás instrumentos internacionales, regulando con ello las facultades discrecionales de las que goza la autoridad administrativa en materia migratoria. He aquí otro aspecto que denota la importancia de esta labor interpretativa: los jueces al decidir el derecho a aplicar podrían decidir por la aplicación directa de la norma constitucional –porque la CPR es fuente del derecho directamente aplicable– y de los tratados internacionales ratificados y vigentes, brindando así una mayor protección a los derechos humanos del inmigrante que de alguna manera estén siendo conculcados.

Otro ejemplo –en el que se han puesto en práctica los anteriores planteamientos– lo podemos observar en el siguiente fallo pronunciado por el TCCh. Este tribunal ha sostenido acerca de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para otorgar y rechazar visados que “...este nuevo estándar se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del *propio texto constitucional*”<sup>1402</sup> (la cursiva es nuestra). Naturalmente, aunque la sentencia antes explanada reviste de interés para el estudio de ciertos temas migratorios, solo surte sus efectos directos respecto de las partes involucradas en la controversia, más no tiene efectos *erga omnes*. Ello justifica la revisión de cada caso o controversia que se plantee ante el operador de justicia, a fin de evaluar la interpretación que este último efectúa respecto de la legislación migratoria vigente y si en esta interpretación se ha acudido a la aplicación del derecho internacional.

Siguiendo con las anteriores ideas, conviene recordar que el DL 1.094 –pese a sus falencias– contempla una acción de índole judicial a fin de que el inmigrante pueda hacer valer sus derechos contra las decisiones que les afecten. Se trata de una acción *especial*, cuyas particularidades se encuentran contempladas en el DL 1.094. Así, la propia legislación migratoria chilena estipula que, contra las órdenes de detención y expulsión de inmigrantes, procede la acción *judicial de reclamación de expulsión*, contenido en el artículo 89 del DL 1.094. También se ha señalado (véase, *Parte Segunda, Capítulo III, 3. Sobre las normas de rango legal*) que, sin perjuicio de ello y mediante una incorporación gradual, la autoridad a nivel central y regional ha reconocido la procedencia de los recursos administrativos que contempla la LBPA.

Sin embargo, dadas las restricciones que presenta la referida acción de *reclamación de expulsión* en cuanto a los lapsos y requisitos procesales para su interposición y admisibilidad, las cortes de apelaciones han admitido –en muchos casos– resolver sobre la procedencia de una decisión de expulsión a través de la interposición de la acción constitucional de *amparo* o *habeas corpus*. Estamos en presencia de una acción cautelar, de

---

*establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol n° 21.751-2012 (2012, rol N° 2273-12) considerando 50°.*

<sup>1402</sup> Véase TCch, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 21.751-2012 (2012, rol N° 2273-12) considerando 49°.*

emergencia, informal, de cognición amplia y preferente por las cortes de apelaciones respectivas, como tribunal de primera instancia, que sigue un procedimiento breve y sumario, no contradictorio y en el cual el tribunal competente puede adoptar de inmediato todas las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado<sup>1403</sup>.

Parte de la doctrina, entre quienes destaca Francisco Zúñiga, señala que esta acción de amparo procede únicamente contra actos ilegales. Así, ha afirmado que: “Esta acción cautelar procede en dos hipótesis: arresto, detención o prisión; y que la privación de la libertad o vulneración de la seguridad individual se haya producido con infracción a la Constitución (artículo 19 N° 7) o a las leyes (artículos 306 al 317 del Código de Procedimiento Penal)”<sup>1404</sup>. Otros autores, la conciben con mayor amplitud de procedencia, pues sostienen que el *hábeas corpus* procede frente a la arbitrariedad de ciertas conductas, ante la ausencia de fundamentación<sup>1405</sup>.

Por su parte, la CS de Chile ha señalado respecto de esta acción que esta vía extraordinaria –la acción constitucional de amparo– es idónea para resolver la situación procesal del imputado, relativa a su prisión preventiva, desde que la mantención de su estado actual de privado de libertad en un establecimiento carcelario es un hecho material indiscutible y que, por lo mismo, torna en arbitrario, atendida, precisamente, la existencia de medidas legales alternativas, posibles de aplicar<sup>1406</sup>. Además, la Corte de Apelaciones (en lo sucesivo, CA) de Concepción también se ha pronunciado respecto del *hábeas corpus*, precisando que este: “(...) conforma un procedimiento no contradictorio caracterizado por la “urgencia”, según se infiere de la terminología empleada en el artículo precitado, de recurrir a la magistratura a fin de que esta adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho (inciso 1°), ordene su libertad inmediata..., procediendo en todo breve y sumariamente... (Inciso 2°), y todo ello porque el amparo en sí es un pedido de auxilio constitucional directamente propuesto a la jurisdicción”<sup>1407</sup>.

<sup>1403</sup> HENRÍQUEZ (2013) p. 421.

<sup>1404</sup> ZÚÑIGA y PERRAMONT (2003) p. 125.

<sup>1405</sup> RÍOS (2018) p. 237, HENRÍQUEZ (2014) pp. 14–15. Para esta autora, HENRÍQUEZ, (2014) p. 10, esta acción es una “...acción cautelar, de emergencia, informal, de cognición amplia y preferente por las Cortes de Apelaciones respectivas, que sigue un procedimiento breve y sumario, no contradictorio y en el cual el tribunal competente puede adoptar de inmediato todas las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”.

<sup>1406</sup> CS, *Serrano con Policía de Investigaciones* (2010, rol N° 8407-10) considerando 3°: “Que en el presente caso, a juicio de este tribunal, tal extremo es innecesario, desde que existen otras medidas que pueden lograr los objetivos antes señalados, las que se encuentran contenidas en el artículo 155 del código procedimental del ramo, siendo de advertir que esta vía extraordinaria ?la acción constitucional de amparo- es idónea para resolver la situación procesal del imputado, relativa a su prisión preventiva, desde que la mantención de su estado actual de privado de libertad en un establecimiento carcelario es un hecho material indiscutible y que, por lo mismo, torna en arbitrario, atendida precisamente, la existencia de medidas legales alternativas, posibles de aplicar, como ya se dijo y precisará en lo dispositivo de este fallo”.

<sup>1407</sup> CA de Concepción, *Arévalo con Policía de Investigaciones* (2006, rol N° 771-2006) considerando 2°: “Que el recurso de amparo tiene su base constitucional en el artículo 21 del texto fundamental y procede en favor de todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, estando también instituido en beneficio de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, según expresan los incisos 1° y 3° de esa disposición. La acción de *hábeas corpus* conforma un procedimiento no contradictorio caracterizado por la urgencia?, según se infiere de la terminología empleada en el artículo precitado, de recurrir a la magistratura a fin de que ésta adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer

En este contexto, la jurisprudencia reciente refleja que el *hábeas corpus* se ha extendido a otros casos: los de las personas –nacionales o extranjeras– que ven afectada, por la autoridad administrativa, su facultad constitucionalmente conferida de residir y transitar por el territorio nacional conforme al ordenamiento jurídico vigente, o la de entrar y salir del mismo<sup>1408</sup>. En este contexto, la procedencia de la acción de amparo tiene su origen en el control de algunos actos de la administración del Estado dictadas al amparo del DL 1.094. De acuerdo con lo regulado en el referido Decreto Ley, las medidas de expulsión deben ser ejecutadas dentro de las 24 horas siguientes a la notificación a los afectados, permitiendo la privación de libertad al expulsado a fines de asegurar el cumplimiento de la medida de expulsión. La CA de Santiago ha señalado otros parámetros legales para la procedencia de la detención administrativa:

“...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 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”<sup>1409</sup>.

Por su parte, respecto de la detención administrativa y de la acción de amparo, la CA de Antofagasta, ha señalado que esta: “...tiene por objeto velar por las formalidades legales y adoptar las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y la debida protección de todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso, con infracción a lo dispuesto en la propia Carta Fundamental o en las leyes. De la misma manera, el recurso tiene por objeto tal protección respecto de cualquier persona que ilegalmente sufre cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”<sup>1410</sup>. La anterior interpretación respecto de los requisitos que habilitan para el ejercicio de la acción de amparo resulta de interés para estas líneas investigativas, ya que en esta se incardinan los fundamentos esgrimidos por los tribunales de máxima instancia chilenos a fin de denegar o acordar la admisibilidad estas acciones, junto a otras consideraciones menores. A continuación, también se incluye el análisis de una selección de casos de reclamación especial contemplada en el art. 89 del DL 1.094. De este modo observaremos los modos en los que el tribunal respectivo ha procedido a la interpretación de la legislación migratoria vigente respecto de los casos particulares, a fin de extraer los criterios jurisprudenciales más resaltantes que reflejen la opinión judicial respecto del tema.

---

el imperio del derecho (inciso 1º), ordene su libertad inmediata..., procediendo en todo breve y sumariamente... (inciso 2º), y todo ello porque el amparo en sí es un pedido de auxilio constitucional directamente propuesto a la jurisdicción (...).”

<sup>1408</sup> HENRÍQUEZ (2013) p. 425.

<sup>1409</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 9º.

<sup>1410</sup> CA de Antofagasta, *Caicedo con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 3-2014) considerando 5º.

## 1.1. Criterios generales.

La labor de los tribunales superiores de justicia en la interpretación del derecho migratorio chileno también constituye un invaluable aporte para la doctrina. Así, las cortes chilenas de máxima instancia han tenido a bien explicar en sus fallos la interpretación jurisprudencial que debe darse a ciertos parámetros necesarios en la adopción de medidas de expulsión, contenidos en el DL 1.094, lo que permite dilucidar los elementos relacionados a su ámbito de aplicación, así como el contexto en el que tales nociones deben entenderse. A continuación, se presenta una sistematización de estos criterios.

### 1.1.1. Ámbitos de aplicación de la normativa vigente.

Aunque ya hemos hecho referencia a este tema en capítulo anterior, aquí hemos de referirnos a criterios jurisprudenciales emitidos respecto de la aplicación supletoria de la LBPA en los procedimientos migratorios. Recordemos que –en líneas generales– la jurisprudencia chilena se ha referido a la supletoriedad de la Ley N° 19.880 respecto de los procedimientos de expulsión de inmigrantes. Esta supletoriedad “...importa que sus principios y normas son aplicables en todos aquellos procedimientos que actualmente tiene la Administración, se encuentren o no en regulación legal. Los que tengan ordenación de ley se les aplicará en lo específico la norma especial, mientras que a los que carezcan de ese estatuto, se les aplicara íntegramente dicha ley”<sup>1411</sup>.

Por otra parte, la CS también se ha referido –específicamente– a la supletoriedad de la LBPA en el procedimiento de revocación o rechazo de visados. Este tribunal ha precisado que el DL 1.094 contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Y en este orden de ideas, ha sostenido que, dado que la legislación migratoria vigente no regula el aludido procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la LBPA<sup>1412</sup>. Si bien la sentencia *in comento* hace referencia específicamente a la aplicación supletoria de la LBPA en los procedimientos de revocación de visados, no es menos cierto que la aplicación supletoria de esta ley se extiende a *todos* los demás procedimientos que actualmente tiene la Administración, se encuentren o no en regulación legal<sup>1413</sup>.

<sup>1411</sup> CS, *Storch con Dirección General de Aguas* (2011, rol N° 256-2009) considerando 15°.

<sup>1412</sup> CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-15) considerando 2°: “Adicionalmente, la resolución menciona que se dejó sin efecto el otorgamiento de visa temporaria a la extranjera, disponiéndose su abandono del país; sin embargo, de los antecedentes aportados por la recurrida no aparece constancia alguna respecto del procedimiento seguido para adoptar dicha decisión. Sobre ese punto, cabe destacar que la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Al no regular el procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la Ley N° 19.880, de la que interesa destacar el principio de contradictoriedad consagrado en su artículo 10 que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Finalmente, el artículo 16 de la ley recoge el principio de transparencia y de publicidad, en cuanto en el procedimiento administrativo se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”.

<sup>1413</sup> CS, *Storch Kruger contra Dirección General de Aguas* (2011, rol N° 256-2009) considerando 15°.

De la lectura del fallo antes referido se colige implícitamente que –junto con la aplicación supletoria de la LBPA– la etapa recursiva de esta legislación también está incorporada como un mecanismo para reclamar frente a las órdenes de expulsión. Al respecto, hemos de observar que las cortes chilenas han aducido la posibilidad que tiene el recurrente de incoar otros medios de índole administrativa –distintos del amparo judicial– para solicitar la revocación del decreto de expulsión. En el caso rol N° 706-2017<sup>1414</sup>, la CA de Santiago estuvo por rechazar el amparo incoado contra el decreto de expulsión que impedía al accionante el ingreso al territorio chileno, pues tal expulsión estaba ajustada a la preceptiva legal y reglamentaria vigente, pues para la CA de Santiago, la acción constitucional de amparo no es el mecanismo idóneo para obtener la revocación de la orden de expulsión, pues según la ley, lo correspondiente era que se ejerciesen los otros recursos legales y administrativos<sup>1415</sup>. En este caso, el tribunal culminó sus argumentos señalando que el recurrente no había aportado antecedentes para determinar que se habían deducido oportunamente los recursos administrativos correspondientes<sup>1416</sup>. Ello nos confirma –implícitamente – la aplicación supletoria de la LBPA cuando se trata de impugnar la expulsión, por tratarse del texto legal que regula la aplicación de estos recursos administrativos a los que se alude en el fallo aquí reseñado.

En sus argumentaciones se observa que las cortes chilenas también han hecho referencia a la LBPA, aplicando las previsiones de esta ley respecto de la procedencia de las acciones de amparo incoadas contra las órdenes de expulsión. Estas cortes han entendido que las órdenes de expulsión constituyen actos administrativos que han de ceñirse a los principios establecidos en la LBPA<sup>1417</sup>. Esta aplicación supletoria permite complementar algunos vacíos legales acusados en la legislación migratoria vigente en Chile. Ello ha sido precisado por la CA de Santiago –en el caso rol N° 2083-2015 – al argumentar que, en lo relativo al procedimiento a través del cual debe emitirse tal decisión, la legislación migratoria chilena guarda silencio y ello exige su integración con la regulación que sobre los procedimientos administrativos establece la LBPA<sup>1418</sup>. Resulta interesante que la acogida de la acción de amparo interpuesta en este mismo caso haya sido motivada debido a que la orden de expulsión no cumplía con los parámetros para su tramitación fijados por la LBPA<sup>1419</sup>.

Aquí revisten de interés los principios emanados de esta legislación administrativa: *contradictoriedad, imparcialidad, publicidad y transparencia*. Aunque sobre estos principios ahondaremos con posterioridad, hemos de adelantar que su aplicación –en los procedimientos

---

<sup>1414</sup> CA de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017, rol N° 706-2017). En este caso se accionó el amparo con motivo de la prohibición de entrada a territorio nacional en virtud de una orden de expulsión vigente. Ello interfirió en la relación con su familia radicada en Chile.

<sup>1415</sup> CA de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017, rol N° 706-2017) considerando 8°.

<sup>1416</sup> CA de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017, rol N° 706-2017) considerando 8°.

<sup>1417</sup> CA de Santiago, *Müller con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014, rol N° 1931-2014) considerando 7°.

<sup>1418</sup> CA de Santiago, *Rojas con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015, rol N° 2083-2015) considerando 2°. Con similares criterios, véase CS, *Navarrete con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015, rol N° 5277-2015); CS, *Torrighelli con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015, rol N° 15536-2015); CS, *Quijandria con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015, rol N° 36580-2015).

<sup>1419</sup> CA de Santiago, *Rojas con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015, rol N° 2083-2015) considerando 4°.



de expulsión de inmigrantes – ha de brindar mayor seguridad jurídica al inmigrante, cuando del resguardo de sus derechos se trate. Según lo ha entendido la CS en el fallo emitido en el rol N° 5277-2015, el principio de *contradictoriedad* consagrado en el artículo 10 de la LBPA permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio; y el principio de *imparcialidad* establecido en el artículo 11 de la LBPA impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares. Finalmente –según acota el referido tribunal – el artículo 16 de la ley recoge el principio de *transparencia y de publicidad*, cuya aplicación traduce que –en el procedimiento administrativo – se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él<sup>1420</sup>.

Concordando con estas ideas, en el fallo dirimido por la CS rol N° 5229-2015 se ha acotado la necesidad de recurrir a la aplicación de los principios que gobiernan la actuación administrativa y que incorporan la participación del administrado y el conocimiento de los fundamentos de las decisiones como pilar fundamental<sup>1421</sup>. Por su parte, las cortes de apelaciones también se han referido a la necesidad de *fundamentar* las decisiones de expulsión –según lo regula la LBPA – así como al deber de *transparencia* que exige esta ley respecto de los actos administrativos emitidos en el ámbito migratorio<sup>1422</sup>. De ello se extraen parámetros que debieran orientar las órdenes de expulsión emitidas por las autoridades migratorias.

Muy vinculado con el ámbito de aplicación de la legislación migratoria chilena, hemos de referirnos aquí a otros criterios que -aunque menores en incidencia- han sido pronunciados respecto del rechazo de los amparos interpuestos. Estos rechazos tienen como fundamento el no agotamiento de la vía administrativa. En otras ocasiones se ha aducido que los recursos administrativos correspondientes ya han sido interpuestos. Esta disparidad de criterios nos plantea interrogantes respecto de la necesidad de que se agoten los recursos administrativos -como un requisito previo para que se pueda proceder a la interposición de la acción de amparo. Otras dudas surgen respecto de la interposición paralela de los recursos administrativos en relación con la interposición de estas acciones constitucionales. Se hace procedente entonces la revisión de algunos casos jurisprudenciales emitidos en relación con esta temática.

Para algunas cortes chilenas, la interposición de los recursos administrativos hace imposible el ejercicio de la acción de amparo contra las órdenes de expulsión. En el caso rol N° 4156-2014<sup>1423</sup> la CS de Santiago ratificó el fallo emitido por la CA de Santiago según el

---

<sup>1420</sup> CS, *Navarrete con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015, rol N° 5277-2015). En este caso el accionante contaba con visa de permanencia definitiva y había sido condenado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades. En consecuencia, se había ordenado su expulsión. No obstante, tenía un hijo menor de edad de nacionalidad chilena. La CS revocó la sentencia apelada, argumentando que su autorización para residir en el país no había sido revocada, trámite que debe realizarse previamente para así dotar a las actuaciones de la administración de la debida coherencia (considerando 3°).

<sup>1421</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015) considerando 6°.

<sup>1422</sup> CA de Santiago, *Müller con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014, rol N° 1931-2014) considerando 7°.

<sup>1423</sup> Corte Suprema, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 4156-2014). En este caso, el accionante había entrado a territorio chileno desde Perú, de forma ilegal. Posteriormente se presentó ante la Policía de Investigaciones quedando como infractor a la espera de la orden de expulsión. En sus fundamentos alegó que –para el momento de ordenarse su expulsión- ya había desarrollado lazos familiares y laborales en el país, por lo que no quería abandonar el territorio chileno.

cual “...la sanción impuesta al amparado lo ha sido una vez cumplido el procedimiento administrativo de rigor y resuelto el recurso de invalidación deducido por la misma parte”<sup>1424</sup>. A criterio de la citada Corte, la interposición previa de los recursos administrativos –así como su resolución – eran necesarios para aducir que la interposición de la acción de amparo no era procedente. Este argumento sirvió de precedente para determinar que la orden de expulsión había sido adoptada conforme a la ley sin vulnerar con ello los derechos del accionante. En este contexto, la CA de Santiago en algunos casos ha entendido que el recurso de amparo no es la vía idónea para impetrar la revocación de la resolución que ordenaba la expulsión del accionante, en tanto existen recursos especiales que contempla la propia legislación migratoria y que fueron ejercidos por el amparado<sup>1425</sup>. En efecto, si el inmigrante desea resistirse u oponerse al cumplimiento del acto administrativo que acuerda su expulsión o discutir su validez, debe impugnarlo por los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico, ya que de no hacerlo la Administración contará con un título habilitante para poner en ejecución el mismo, por la vías administrativas o judiciales dispuestas por la ley<sup>1426</sup>. Así, el anterior criterio jurisprudencial nos remite al ejercicio de la acción especial de Reclamación prevista en el artículo 89 del DL 1.094 como la vía idónea para impugnar las órdenes de expulsión. Empero, recordemos que -en la praxis- el ejercicio de esta acción especial exige el cumplimiento de diversos requisitos legales, los que se convierten en verdaderos obstáculos. Por ello, cuando se restringe el acceso a los demás mecanismos legales -tales como la acción de amparo o los recursos administrativos- para proceder a la impugnación de las órdenes de expulsión, de algún modo se coartan los derechos del inmigrante en torno a la adecuada defensa de sus intereses.

No obstante, los anteriores criterios deben ser diferenciados del caso en el que la reclamación en sede administrativa aún está pendiente de resolución. Recordemos que, según la LBPA, el administrado cuenta con la posibilidad de ejercer los recursos ordinarios de reposición y jerárquico, ambos previstos para impugnar el acto ante la misma autoridad que los dictó o ante el superior jerárquico. Y junto a ellos se encuentra el recurso extraordinario de revisión, procedimiento administrativo excepcional consagrado para revisar de la decisión administrativa, pero sólo por las causales expresamente establecidas en la ley. Teniendo esto en mente, el fallo emitido en el caso signado bajo el rol N° 3137.2017<sup>1427</sup> ofrece interesantes aportes. En este fallo, la Ca de Santiago acordó la admisión del recurso de amparo incoado a fin de asegurar la debida protección de las personas afectadas. En sus argumentos se tuvo presente que por vía administrativa la amparada no había tenido una respuesta oportuna a su situación, pues el recurso jerárquico interpuesto aún se encontraba pendiente por resolución<sup>1428</sup>. Este criterio patenta la necesidad de que los recursos administrativos sean resueltos con antelación a la ejecución de una orden de expulsión –y oportunamente – ya que lo contrario se traduce en una vulneración de los derechos asegurados que asisten al

<sup>1424</sup> CA de Santiago, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 223-2014) considerando 3°.

<sup>1425</sup> CA de Santiago, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 223-2014) considerando 2°.

<sup>1426</sup> FERRADA (2011) p. 252.

<sup>1427</sup> CA de Santiago, *Godoy con Intendencia Región Metropolitana* (2017, rol N° 3137-2017). En este caso, el accionante había ingresado a territorio chileno por un paso no habilitado. Posteriormente, intentó regularizar su situación ante la Policía de Investigaciones. Sin embargo, la autoridad migratoria acordó la expulsión del accionante. Contra esta decisión se presentó el respectivo recurso de reposición -que fue rechazado-, quedando pendiente el recurso jerárquico.

<sup>1428</sup> CA de Santiago, *Godoy con Intendencia Región Metropolitana* (2017, rol N° 3137-2017) considerando 7°.

accionante. Además, –según este criterio – la falta de resolución de estos recursos administrativos no constituye un obstáculo para que las acciones de amparo en contra de las órdenes de expulsión sean acogidas por las cortes chilenas, sino que ello ha constituido un argumento más a favor.

Aquí también es oportuno acotar que la CS acordó la ratificación de la sentencia contenida en el caso antes aludido<sup>1429</sup>. En el contenido de este pronunciamiento judicial de alzada se destacan los votos en contra pronunciados por los ministros. Estos han indicado que tal acción de amparo debía haber sido rechazada, pues la vía administrativa no había sido agotada mediante el recurso administrativo correspondiente. Según ellos lo han entendido, la decisión de la reposición deducida por la accionante no constituía un acto terminal del respectivo procedimiento, dado que se había deducido un recurso jerárquico contra el recurso de expulsión<sup>1430</sup>. No obstante, sobre la acogida de las acciones de amparo incoadas contra las decisiones de expulsión también se ha pronunciado la CA de Santiago, precisando que no obsta a la acogida de estas acciones constitucionales “...el hecho de no haberse agotado la vía administrativa, ya que la presente acción tiene la condición precisamente cautelar de los derechos constitucionales que se dicen conculcados”<sup>1431</sup>.

La revisión de los anteriores criterios nos permite observar que la posición jurisprudencial respecto de este tema es dispar. Esta disparidad también se observa respecto de otros tópicos –como lo veremos a continuación – lo que justifica su revisión a fin de conocer las diversas posturas existentes. Este conocimiento permitirá brindar información útil respecto de las acciones judiciales que asisten al inmigrante para la mejor defensa de sus derechos. Por ello, hemos de hacer referencia a las acciones –acciones de amparo y acciones de reclamación especial del art. 89 del DL 1.094– disponibles en el ámbito migratorio para la defensa de los derechos humanos de los inmigrantes ante las órdenes de detención y expulsión.

### 1.1.2. Interpretación de nociones ambiguas.

En la legislación migratoria vigente se observa la inclusión de nociones ambiguas, cuyo contenido hace necesaria una correcta interpretación de estas y su alcance. Nos referimos a conceptos como *seguridad nacional*, *orden público*, *moral*, entre otros. En esta tarea, adquieren relevancia los criterios emitidos por las cortes chilenas.

En el caso rol N° 2609-2011 la CA de Santiago ha definido lo que debe ser entendido como actos contrarios a la moral y buenas costumbres. Para ello ha sostenido que “...el alcance de las expresiones `acciones contrarias a la moral o las buenas costumbres` utilizadas por la norma en cuestión, dicen relación con conductas que, sin ser constitutivas de delito, sean contrarias a la ética u ofendan el pudor de los miembros de la sociedad<sup>1432</sup>. Adicionalmente, este tribunal aclara que estas nociones son empleadas por legislación migratoria emplea para referirse a *cualquier otro tipo de conductas* -sean o no constitutivas de delito. Si bien el artículo 15, inciso 2 del DL 1.094 señala que estas prohibiciones están dirigidas a 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

<sup>1429</sup> CS, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 4156-2014).

<sup>1430</sup> CS, *Terrero con Intendencia Regional Metropolitana* (2017, rol N° 45123-2017) prevención de ministros.

<sup>1431</sup> CA de Santiago, *Müller con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014, rol N° 1931-2014) considerando 9°.

<sup>1432</sup> CA de Santiago, *Duret con Policía de Investigaciones de Chile* (2011, rol N° 2609-2011) considerando 7°.

contrarios a la moral o a las buenas costumbres”; en el caso aquí comentado la CA de Santiago ha cuestionado la razón por la cual la misma disposición legal, en su número siguiente, alude expresamente a “...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”<sup>1433</sup>. De modo tal que, frente a este tipo de actos, lo que interesa es que causen una ofensa a la ética o el pudor de la sociedad sin importar que estos constituyan o no un delito.

Sin embargo, en el fallo signado bajo el rol N° 803-2017<sup>1434</sup>, la CA de Santiago ha señalado cuales son las conductas que deben estar enmarcadas dentro de la categoría de *actos contrarios a la moral o buenas costumbres*, entendidas como aquellas que por su gravedad intrínseca ameritan la expulsión. Esta Corte ha precisado que se consideran incluidas dentro de este tipo de conductas: el comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, el contrabando, el tráfico ilegal de migrantes y trata de personas. También ha precisado que la norma encuentra su núcleo en la *gravedad intrínseca* de estas conductas y la necesidad de que estas sean atribuibles al amparado<sup>1435</sup>. Además, la referida corte aludió a la necesidad de demostrar antecedentes que señalen que estas conductas son habituales en el amparado. Así, es necesario que la conducta sea establecida y calificada en cuanto a su gravedad por la autoridad con competencia para decidir acerca de la expulsión de un extranjero<sup>1436</sup>. En el listado descrito en este último fallo se observan una serie de conductas que son tipificadas como delitos. Este criterio no se condice con lo señalado en el caso fallo emitido en el rol N° 2609-2011 –dirimido por la CA de Santiago – según el cual no es necesario que estas conductas sean delitos para ser entendidas como contrarias a la moral o buenas costumbres<sup>1437</sup>. Tal divergencia de criterios obedece a la imprecisión que caracteriza la naturaleza propia de los conceptos indeterminados.

Tradicionalmente se hace referencia a los conceptos determinados para mencionar aquellos que cuentan con mayor grado de especificidad, en tanto que los indeterminados los entendemos como aquéllos cuya formulación resulta más abstracta e imprecisa. El empleo

<sup>1433</sup> CA de Santiago, *Duret con Policía de Investigaciones de Chile* (2011, rol N° 2609-2011) considerando 7°.

<sup>1434</sup> CA de Santiago, *Bedoya con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017, rol N° 803-2017).

<sup>1435</sup> CA Santiago, *Bedoya con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017, rol N° 803-2017) considerando 5°.

<sup>1436</sup> El artículo 15 del DL 1094 de 1975 hace referencia a los impedimentos de ingreso, al señalar: “Artículo 15.- 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” (el subrayado es nuestro).

<sup>1437</sup> CA de Santiago, *Duret con Policía de Investigaciones de Chile* (2011, rol N° 2609-2011) considerando 4°. Este caso el accionante habría ingresado legalmente al país con visa de turista. Tras haberse despachado una orden de captura internacional en su contra, se ordenó y tramitó su expulsión por haber sido condenado por tribunal de la República Argentina a la pena de 15 años de prisión como autor de los delitos de privación de libertad agravada e imposición de tormentos agravada. Ello había sido considerado -según el artículo 17 en relación con el artículo 15 N°2 del DL 1.075- como un acto contrario a la moral o a las buenas costumbres. No obstante, la CA de Santiago acogió la acción de amparo intentada con fundamento en ilegalidad de la detención reclamada y de la consiguiente expulsión del accionante.

de este tipo de términos –que en el ámbito jurídico-normativo muchas veces suelen ser interpretados de manera diversa, y hasta contradictoria– nos deja ante áreas de conducta en las que mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales<sup>1438</sup>. Es que esta imprecisión hace necesaria su concreción para efectos de su aplicación, lo que no resulta fácil. En este contexto, la interpretación que las cortes chilenas han efectuado respecto de estos conceptos jurídicos indeterminados resulta de mucho valor. Si bien no es deseable el excesivo activismo judicial –que podría traducirse en la imposición de conceptos personales del juez en la interpretación de estas nociones– si resulta oportuno esta interpretación judicial, a fin de esclarecer los parámetros que deben regir las decisiones de expulsión ante los supuestos contemplados en el DL 1.094.

La exigibilidad de los antecedentes que demuestren la habitualidad de estas conductas –referida por la CA de Santiago en el fallo signado bajo el rol N° 803-2017<sup>1439</sup>– esclarece y brinda mayor seguridad al inmigrante al configurarse como un parámetro a ser evaluado antes de proceder a la expulsión. Vale decir, según estos criterios jurisprudenciales, se exige constatar un actuar que involucre una gravedad tal que amerite la expulsión. Ello debido a las consecuencias particularmente negativas que tales conductas traen consigo para el interés general de la sociedad y los bienes protegidos<sup>1440</sup>. Entonces, no basta con que el extranjero expulsado haya sido condenado por cualquier delito para establecer que ha cometido actos contrarios a la moral o las buenas costumbres, sino que debe efectuarse una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión. Por ende, de no cumplirse con tales extremos, el amparado quedaría excluido del ámbito de aplicación de las causales de expulsión contempladas en el DL 1.094.

Recordemos que el artículo 69 del DL 1.094 contempla sanciones dirigidas a los extranjeros que ingresen al país existiendo respecto de ellos alguna causal de impedimento o prohibición de ingreso. La sanción prevista para esta infracción es la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Estas causales de prohibición de ingreso a las que hace referencia el citado precepto están contenidas en el artículo 15 del DL 1.094. Entre estas, los incisos 1 y 2 del citado artículo 15 del DL 1.094 señalan que se prohíbe el ingreso de aquellos 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” (la cursiva es nuestra). También se contempla dentro de esta prohibición de ingreso a aquellos 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*” (la cursiva es nuestra). Respecto de la infracción de estas prohibiciones de entrada, el artículo 69 del aludido decreto contempla la expulsión como una medida adicional. Este precepto indica que, una vez cumplida la pena impuesta en estos casos de violación de una prohibición de

<sup>1438</sup> HARTART (1992) p. 168.

<sup>1439</sup> CA Santiago, *Bedoya con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017, rol N° 803-2017).

<sup>1440</sup> CA Santiago, *Bedoya con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017, rol N° 803-2017) considerando 5°

entrada, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional. Esta previsión hace referencia a una causal de expulsión de tipo imperativa, circunstancia en la que revisten de interés las interpretaciones efectuadas por las cortes chilenas para dotar de mayor precisión a las causales de expulsión basadas en conceptos indeterminados. Una lectura de las prescripciones legales que regulan este tipo de nociones y de los criterios jurisprudenciales que se han emitido al respecto, hace patente que estamos en presencia de causales de expulsión que “...se construyen desde conceptos jurídicos de carácter abierto e indeterminado, tales como ‘utilidad’ o ‘conveniencia’, los que deberán ser valorados directamente por el funcionario que aplica la norma. Lo mismo sucede con las causales legales de expulsión y prohibición de ingreso, que contempla amplios márgenes para la discrecionalidad administrativa, al fundamentar las sanciones en la protección de bienes jurídicos relevantes para el Estado, tales como la seguridad nacional, el orden público o seguridad pública”<sup>1441</sup>.

Por su parte, la noción de *seguridad nacional* se observa asiduamente en el pensamiento de Estado sobre las migraciones internacionales en Chile durante las últimas cuatro décadas, persistencia que ha ido coagulando de modos diversos en dicho periodo<sup>1442</sup>. En el caso rol N° 40744-2017, la CS se ha referido a las nociones de *seguridad de la nación* como conceptos jurídicos indeterminados. Así, esta corte ha entendido que estas nociones 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”<sup>1443</sup>. Se trata de una disposición coherente con el propósito germinal de la norma -es decir, el control del ingreso de potenciales enemigos internos de la seguridad nacional- en el que esta noción no aparece como un eje estructurador explícito, pero atraviesa todo el entramado discursivo. A veces emergiendo como uno de sus puntos nodales, otras como enunciado y otras como trasfondo en los mecanismos que van definiendo el trámite migratorio<sup>1444</sup>. Por ello, la CS ha enfatizado la imposibilidad de desatender las circunstancias personales y familiares de la recurrente, al momento de otorgar un contenido concreto a tales definiciones. Cónsono con el anterior punto de vista, en el caso rol N° 2609-2011 –dirimido por la CA de Santiago – se ha sostenido que el ejercicio de las atribuciones de expulsión

<sup>1441</sup> BASSA y TORRES (2015) pp. 103-124.

<sup>1442</sup> STANG (2016) p. 101.

<sup>1443</sup> CS, *Mosquera con Ministerio del Interior* (2017, rol N° 40744-2017) considerandos 4° y 5°. Este fallo alude a las nociones de seguridad de la nación como un concepto jurídico indeterminado. Respecto de estas definiciones, el considerando 4° de este fallo reza que: “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. 5°.- Que, en ese contexto no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la recurrente, que tiene una hija menor de nacionalidad chilena, por lo que de ejecutarse la medida ciertamente se afecta el interés superior de Emily Monserrat Mosquera Cortés, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo con ello los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

<sup>1444</sup> STANG (2016) pp. 90-91.

requiere de la existencia de una causal legal debidamente fundada que motive la medida<sup>1445</sup>. Ello ratifica el deber de fundamentación que debe existir al emitirse las órdenes de expulsión.

Como complemento de las anteriores ideas, no podemos dejar de resaltar lo entendido por la CorteIDH respecto de las nociones de *seguridad y orden público* como fundamento de las detenciones con fines de expulsión. Según lo ha referido este tribunal, aun cuando la detención se produzca por razones de *seguridad y orden público*, las decisiones que puedan afectar derechos humanos como el de la libertad personal son arbitrarias si no se encuentran debidamente fundamentadas en cuanto a la procedencia y necesidad de dicha medida. En estos casos, resulta necesario que el operador de justicia motive sus actuaciones. Por ende, según lo señala la referida corte, un mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface este requisito de motivación suficiente. La detención es legítima solo si no tiene un fin ilegítimo. De ahí que deviene en arbitraria cuando no es ejecutada con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos, o de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión.

## 1.2. Criterios específicos.

En esta sección presentaremos una revisión de la jurisprudencia<sup>1446</sup> emanada de los tribunales de máxima instancia en Chile y su interpretación judicial respecto de las normas migratorias vigentes, atendiendo a pronunciamientos específicos en el tema que aquí nos ocupa. Esta revisión responde al interés por exhibir razonamientos sobre aspectos vinculados a la detención y expulsión de inmigrantes: las sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular, la violación de una prohibición de entrada, la duración de la prohibición de entrada, y el principio de proporcionalidad y valoración de la necesidad de la medida. Tales criterios de revisión fueron considerados siguiendo el esquema jurisprudencial planteado en la revisión del derecho europeo (véase, *Parte Primera, Capítulo II*), respecto de las sentencias emitidas por el TJUE. Esto a fin de poder hacer un análisis comparativo entre los criterios emitidos por la jurisdicción internacional y la nacional, que nos permita la obtención de aportes significativos en *pro* de los objetivos perseguidos en estas líneas investigativas. Hemos de adelantar al lector que en la sección ulterior (véase, *Parte Segunda, Capítulo IV*) efectuaremos una revisión de los criterios jurisprudenciales emitidos – específicamente en torno a la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes,

---

<sup>1445</sup> CA de Santiago, *Duret con Policía de Investigaciones de Chile* (2011, rol N° 2609-2011) considerando 4°. Este caso el accionante habría ingresado legalmente al país con visa de turista. Tras haberse despachado una orden de captura internacional en su contra, se ordenó y tramitó su expulsión por haber sido condenado por tribunal de la República Argentina a la pena de 15 años de prisión como autor de los delitos de privación de libertad agravada e imposición de tormentos agravada. Ello había sido considerado -según el artículo 17 en relación con el artículo 15 N°2 del DL 1.075- como un acto contrario a la moral o a las buenas costumbres. No obstante, la CA de Santiago acogió la acción de amparo intentada con fundamento en ilegalidad de la detención reclamada y de la consiguiente expulsión del accionante.

<sup>1446</sup> Las sentencias comentadas en este apartado fueron seleccionadas de base de datos construida por Regina Ingrid Díaz Tolosa en proyecto Fondecyt Regular 2018-2020, N° 1181194, titulado “*Aporte de los tribunales de justicia a la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes*”, a partir de requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema, en el cual se solicita detalle con rol de las apelaciones de amparo en materia de migrantes, período de 10 años hasta marzo del año 2018 inclusive. Se previene que la muestra excluye aquellos amparos que no fueron elevados en apelación a la Corte Suprema.

la salvaguarda de la vida privada y familiar y el resguardo del debido proceso— respecto de los procesos de detención y expulsión de inmigrantes.

Las sentencias aquí recopiladas fueron dictadas por la CS y algunas cortes de apelaciones en conocimiento de acciones constitucionales de amparo y de la acción especial de reclamación del artículo 89 del DL 1.094. Los hechos que han dado origen a estas sentencias tienen en común, la afectación del derecho a la libertad personal, y todas ellas buscan dejar sin efecto un acto administrativo que ordena el abandono mediante la expulsión. Un segundo elemento que destacar de la jurisprudencia seleccionada en este aparte es que todos los casos dan cuenta, con mayor o menor intensidad, de criterios que limitan o reinterpretan aquellas normas que facultan a la autoridad para restringir la libertad ambulatoria de los inmigrantes.

### **1.2.1. Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.**

La figura de la entrada o estancia irregular en Chile es considerada de acuerdo con la legislación migratoria vigente como un delito. Se trata de una legislación de índole administrativo que contempla una serie de disposiciones de naturaleza penal, pues, existe una descripción típica sancionada con una pena<sup>1447</sup>.

Recordemos que el DL 1.094 contempla en su articulado las siguientes sanciones: a) Según el artículo 68 del DL 1.094, a los inmigrantes que, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, ingresen a territorio chileno o intenten egresar de él —o hagan uso de ellos durante su residencia— serán sancionados con pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta, sin que pueda acordarse la remisión condicional de la pena; b) El artículo 69 del DL 1.094, sanciona con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años, a aquellos inmigrantes que ingresen al país —o intenten egresar de él de forma clandestina—. Si este ingreso fuese por lugares no habilitados, la pena será de prisión desde 61 días a 5 años y si entraren al país existiendo a su respecto causa de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 10 años. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos anteriormente señalados, los extranjeros deberán ser expulsados del territorio chileno; c) Los artículos 71 y 72 del DL 1.094 también contempla sanciones de multa para los inmigrantes que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal. Esta sanción también incluye a inmigrantes que durante su permanencia en el país no dieran cumplimiento oportuno a las siguientes obligaciones: obtener documento de identidad, comunicar a la autoridad —cuando corresponda— sobre el cambio de domicilio o actividades. La imposición de esta multa no obstara para que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión. Por ello se afirma que, esta legislación desde el punto de vista orgánico contempla infracciones penales, las cuales deben ser sustanciadas y juzgadas en sede penal, privilegiando un criterio de prevención general, al exigirse el cumplimiento de la pena impuesta para la infracción respectiva, debiendo luego, ejecutarse la expulsión que es resorte privativo de la administración<sup>1448</sup>.

En este contexto, la CS se ha referido a la necesidad de que se verifique la comisión del delito migratorio a los fines de proceder a la imposición de la medida de expulsión. En el

<sup>1447</sup> SALINERO (2011) p. 113.

<sup>1448</sup> SALINERO (2011) p. 114.



caso rol N° 12356-2015<sup>1449</sup>, la CS revocó la decisión de la CA de Iquique según la cual no se había acogido el amparo. Para ello, hizo referencia a la circunstancia relativa al cumplimiento de la pena impuesta por el delito como una *condición previa* al decreto de expulsión que, en este caso, no podría verificarse por estar extinguida la acción penal<sup>1450</sup>. Por ello, la CS argumentó que tampoco sería factible imponer una sanción administrativa de expulsión por un hecho cuya naturaleza delictiva no había sido establecida previamente por el tribunal llamado por la ley a conocer de ello<sup>1451</sup>. En este caso, la CS acogió el amparo interpuesto señalando que la expulsión del accionante había sido dispuesta en un caso no previsto en la ley, por lo que era necesario restablecer el imperio del derecho, y otorgar la debida protección al afectado<sup>1452</sup>.

La particularidad del caso antes comentado radica en la confirmación que hace la CS de la necesidad de resguardar los derechos del amparado en base a los principios jurídicos que deben regir las actuaciones de las autoridades estatales. El énfasis por parte del referido tribunal –respecto de la necesidad de verificar previamente de la comisión del delito de *ingreso clandestino* como supuesto necesario para la procedencia de la expulsión administrativa– se traduce en el resguardo de los derechos del inmigrante. Así, en base a la aplicación del principio de *presunción de inocencia*, el inmigrante a quien se le impute la entrada clandestina no se le puede sancionar mientras no se pruebe de previamente su culpabilidad. Ello permitió concluir con la revocatoria del decreto de expulsión.

Por su parte, aunque en el caso rol N° 1920-2014<sup>1453</sup> la CA de Santiago denegó la acción de amparo incoada –con fundamento en la ausencia de un acto ilegal o arbitrario que vulnere, perturbe o amenace la libertad personal y seguridad individual del amparado y que

---

<sup>1449</sup> CS, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015, rol N° 12.356-15). En este caso, si bien el accionante había ingresado al territorio chileno de manera clandestina, el Ministerio Público había desistido de la acción penal.

<sup>1450</sup> CS, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015, rol N° 12.356-15) considerando 3°: “3° Que, conforme prescribe el artículo 78 de la Ley de Extranjería, en delitos migratorios como el de la especie, el desistimiento del denunciante importa la extinción de la acción penal, lo que acarrea la imposibilidad de determinar la existencia del ilícito y la participación culpable del extranjero en su comisión, quedando, por ello, amparado por la presunción de inocencia. En ese escenario, en que no existirá castigo penal por los hechos denunciados, tiene importancia atender a lo prevenido por el artículo 69 del citado cuerpo normativo, que dispone en su inciso final que, una vez cumplida la pena por el delito de ingreso clandestino, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional. La antedicha circunstancia –cumplimiento de la pena impuesta por el delito–, aparece como una condición previa al decreto de expulsión que, en este caso, no podrá verificarse, al estar extinguida la acción penal por el desistimiento de la autoridad, de lo que se sigue que tampoco será factible imponer una sanción administrativa por un hecho cuya naturaleza delictiva no fue establecida previamente por el tribunal llamado por la ley a conocer de ello”.

<sup>1451</sup> CS, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015, rol N° 12.356-15) considerando 3°.

<sup>1452</sup> CS, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015, rol N° 12.356-15) considerando 5°: “Que, conforme con lo que se ha ido señalando, no cabe sino concluir que la expulsión del ciudadano colombiano fue dispuesta en un caso no previsto en la ley, de manera que se hace necesario acoger el recurso, a fin de restablecer el imperio del derecho, y otorgar la debida protección al afectado”.

<sup>1453</sup> CA de Santiago, *Santos con Intendente Metropolitano* (2014, rol N° 1920-2014). En este caso, el accionante había ingresado al país a comienzos del año 2013 por un lugar no habilitado. Sin embargo, desde marzo de 2013 el accionante había realizado todas las gestiones tendientes a regularizar su situación, lo que fue desestimado en su oportunidad so pretexto de haber ingresado de manera clandestina. Ante la orden que ordenaba su expulsión del territorio chileno, se accionó el amparo solicitando que se dejase sin efecto la medida de expulsión.

hagan procedente la adopción de resguardos a favor del accionante—<sup>1454</sup>, resulta interesante el criterio adicional del sentenciador respecto de la necesidad de una condena previa de tipo penal que justifique la imposición de la medida de expulsión. Así, la CA de Santiago ha sostenido que la autoridad administrativa había actuado conforme a la legislación migratoria vigente, dado que no había quedado controvertido el delito de *ingreso clandestino* y por ello se entendía que no era necesaria la existencia de una condena penal al respecto<sup>1455</sup>. El criterio de la CA de Santiago según el caso aquí revisado es que, si el accionante no consignó en su oportunidad nuevos antecedentes para demostrar que no se había perpetrado el delito de ingreso clandestino - cuando se intentó el recurso de invalidación en sede administrativa-, se entendía que el delito se había configurado. Por ende, la expulsión era procedente.

Sin embargo, se puede observar en otros casos –en los que se ha verificado la interposición de la acción de amparo contra una orden de expulsión por ingreso clandestino– que esta acción ha sido rechazada por los tribunales de máxima instancia. Así, son variados los argumentos que se recogen tales sentencias. En el caso rol N° 11-2014<sup>1456</sup> la CA de Iquique denegó la interposición de la acción de amparo por considerar que, si no se había ejercido la acción penal por el *ingreso clandestino*, menos podría accionarse una acción tendiente a revisar el debido proceso de respecto de la comisión de ese delito. Su fundamento principal se observa en la admisión por parte del recurrente respecto de su ingreso clandestino al territorio chileno. En este orden de ideas, la CS adujo que la resolución de expulsión había sido adecuadamente adoptada, especialmente dado el propio reconocimiento que hace la recurrente de haber ingresado clandestinamente al país<sup>1457</sup>. Este fallo también resulta relevante ante la motivación adicional del juzgador, basada en la necesidad de brindar resguardo al estatuto punitivo y administrativo del Estado, lo que –según se afirma en dicha sentencia– se vería conculcado al ignorar el incumplimiento o transgresión de la normativa legal vigente en materia de ingreso y permanencia de extranjeros en el país, especialmente cuando éstos incurrir en ilicitudes<sup>1458</sup>.

Otro de los fundamentos esgrimidos por las cortes chilenas para denegar los amparos incoados por aquellos que son afectados por una medida de expulsión –como consecuencia del ingreso clandestino–, están engarzados en los requisitos que supone la admisibilidad de la acción de amparo. Así, en el caso rol N° 1573-2014<sup>1459</sup> la CA de Santiago se refirió a la ausencia de estos requisitos, señalando que la autoridad recurrida no había emitido decisión que incidiera negativamente en la libertad personal del amparado, resultando, además, ajeno a los alcances de la corte el análisis de la procedencia de una autorización de permanencia

<sup>1454</sup> Cfr. CA de Santiago, *Santos con Intendente Metropolitano* (2014, rol N° 1920-2014) considerando 4°.

<sup>1455</sup> CA de Santiago, *Santos con Intendente Metropolitano* (2014, rol N° 1920-2014) considerando 5°.

<sup>1456</sup> CA de Iquique, *Decena con Intendencia Regional de Iquique* (2014, rol N° 11-2014). En este caso, la accionante había ingresado clandestinamente a Chile en 2013 y posteriormente fue abandonada por quienes la trasladaban. Fue detenida por funcionarios de Carabineros, por no contar con documentación que acreditara su ingreso a Chile. Por ello, posteriormente se acordó su expulsión por ingreso clandestino al país.

<sup>1457</sup> CA de Iquique, *Decena con Intendencia Regional de Iquique* (2014, rol N° 11-2014) considerando 3°.

<sup>1458</sup> CA de Iquique, *Decena con Intendencia Regional de Iquique* (2014, rol N° 11-2014) considerando 3°.

<sup>1459</sup> CA de Santiago, *García de León con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 1573-14). La accionante ingresó en forma clandestina al país, engañada por un tercero a quien pagó para que la trajera a Chile y regularizara su situación migratoria. En busca de regularizar su situación migratoria, concurrió a las dependencias de la Policía de Investigaciones para auto denunciarse. Posteriormente, solicitó visa sujeta a contrato que le fue denegada por registrar un ingreso clandestino al país.

en el país<sup>1460</sup>. Así, la CA de Santiago hizo referencia a su falta de competencia para resolver solicitudes de permanencia, señalando que tales facultades solo le correspondían a la autoridad migratoria. En este sentido, la comisión del delito de *ingreso clandestino* fue suficiente para que la autoridad migratoria procediera a ordenar la expulsión, contra la cual no procedió la acción de amparo interpuesto.

Similar criterio se puede observar en el caso rol N° 3-2014<sup>1461</sup>. En este fallo la CA de Antofagasta sostuvo que la acción de amparo interpuesta no era procedente por no cumplirse los extremos que justifican la interposición de este tipo de mecanismos. Asimismo, la referida CA se refirió a la extemporaneidad de la acción recursiva, señalando que no puede pretenderse revisar la legalidad del decreto de expulsión casi 4 años después de su ejecución y luego de haberse reconocido en el propio escrito el ingreso ilegal al territorio nacional<sup>1462</sup>. Otros casos permiten observar una argumentación similar que hace inadmisibles las acciones de amparo interpuestas<sup>1463</sup>.

En el caso rol N° 20-2014<sup>1464</sup> la CA de Iquique sostuvo que la accionante debía acreditar el cambio de circunstancias respecto del ingreso clandestino, a fin de demostrar el ejercicio arbitrario de las facultades por parte de la autoridad migratoria. Para ello era necesario que la accionante no solo asentara los hechos –respecto de la no comisión de otro delito, la colaboración prestada a las autoridades, su auto denuncia y cumplimiento con una medida de control de firmas– sino que debía demostrar tales cambios mediante los antecedentes pertinentes. En tal caso, la CA de Iquique argumentó que no bastaba la sola alegación de arbitrariedad. Sin embargo, la referida corte no ofreció mayor detalle sobre los elementos que hubiesen permitido demostrar tal cambio. En cambio, sostuvo que la orden de expulsión era una facultad que podía ejercer la administración del Estado y que aparecía adecuadamente adoptada, especialmente dado el propio reconocimiento que hizo la recurrente de haber ingresado clandestinamente al país<sup>1465</sup>. De la revisión de las acciones de

<sup>1460</sup> CA de Santiago, *García de León con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 1573-14) considerando 4°.

<sup>1461</sup> CA de Antofagasta, *Caicedo con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 3-2014). En el año 2010 se había acordado la expulsión del accionante, quien entre los años 2008 y 2009 había ingresado al país en forma clandestina. Habiendo sido expulsado del territorio nacional y teniendo la medida de expulsión vigente, el accionante había ingresado en varias oportunidades en forma clandestina al país, siendo reincidente en este tipo de conducta.

<sup>1462</sup> CA de Antofagasta, *Caicedo con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 3-2014) considerando 6°.

<sup>1463</sup> Véase, CA de Santiago, *Moller con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 2160-2014). La accionante junto a otros extranjeros había ingresado clandestinamente a Chile desde Perú, a través del desierto, hasta el terminal de buses Iquique. Sin embargo, la medida de expulsión por ingreso clandestino no había sido impuesta para el momento en los que se tramita el recurso. *Cfr.* CA de Antofagasta, *Becerra con Intendencia Regional Antofagasta* (2014, rol N° 11-2014). En este caso el recurrente había ingresado clandestinamente a territorio chileno y tenía pendiente por ejecución una orden de expulsión desde hacía más de uno y 8 meses, junto a otros antecedentes penales; CA de Santiago, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 223-2014) en 2013 se había decretado expulsión contra accionante por ingreso clandestino a territorio chileno; CA de Santiago, *Sánchez con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 2178-2014). El accionante había ingresado al país a comienzos del año 2013 por un lugar no habilitado, por lo que se auto denunció y desde entonces había realizado todas las gestiones tendientes a regularizar su situación. Sin embargo, se le negó la regularización con motivo de su ingreso clandestino.

<sup>1464</sup> CA de Iquique, *Miranda con Intendencia de Tarapacá* (2015, rol N° 20-2014). Contra la accionante se había dictado orden de expulsión del territorio nacional por haber ingresado clandestinamente junto a otros extranjeros, como lo reconoció al prestar declaración ante la Policía de Investigaciones.

<sup>1465</sup> CA de Iquique, *Miranda con Intendencia de Tarapacá* (2015, rol N° 20-2014) considerando 3°.

reclamación contenidas en el artículo 89 del DL 1.094 también se extraen interesantes aportes en lo tocante al tema de las sanciones con motivo de la entrada irregular. La CS ha definido lo que debe entenderse por ingreso clandestino. En el caso rol N° 40744-2017, este tribunal ha precisado que “Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burla en cualquier forma el control policial de entrada”<sup>1466</sup>. La referida corte también ha añadido que estas 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”<sup>1467</sup>. De este modo, la CS ha enfatizado la imposibilidad de desatender las circunstancias personales y familiares de la recurrente, al momento de otorgar un contenido concreto a tales definiciones.

De los casos anteriormente citados se desprende que el criterio de las cortes de máxima instancia en Chile ha favorecido la expulsión del individuo cuando la controversia planteada tiene como trasfondo la comisión del delito de *ingreso clandestino*. También hacen énfasis como sustento de sus argumentaciones en el reconocimiento expreso que ha efectuado el accionante respecto de su ingreso al territorio chileno por canales irregulares. Ello ha permitido, a las referidas cortes, considerar en todos estos casos el ingreso clandestino como un hecho no controvertido. La normativa migratoria chilena considera la expulsión en estos casos como una decisión imperativa por parte de la autoridad migratoria. Pese a que en varios casos esta decisión ha sido considerada por el accionante como una *prerrogativa* o potestad de la Administración, este elemento no ha sido tomado en cuenta al momento del pronunciamiento por parte del juzgador. En este sentido, los referidos tribunales han decidido rechazar la acción de amparo incoada por otras razones —expuestas en los párrafos anteriores— sin atender a este tipo de planteamientos.

En muchos casos también pueden observarse alegatos basados en la intención del accionante de regularizar su estatus migratorio. No obstante, sea que tales alegatos hayan sido acreditados o no —en la mayoría de los casos estos no han sido acreditados o no se ha hecho mención de su respecto— el elemento de interés para definir la posición del juzgador ha sido la comisión de un delito prescrito por la legislación migratoria vigente que justifica la expulsión. Este criterio resulta muy similar al desarrollado por el TJUE según el cual se privilegia la expulsión antes que la aplicación de sanciones penales, ya que el trámite en jurisdicción penal por la comisión del delito de estancia irregular solo implica un retraso en la efectiva expulsión del inmigrante. Otro aspecto vinculado al anterior y que reviste aquí de interés, lo constituye la prohibición de aplicar la detención administrativa como si se tratase de una sanción penal para los casos de entrada o estancia irregular. De este modo, en cuanto al internamiento o a la privación de libertad, se reitera el objetivo primordial de la directiva retorno. Este objetivo no es otro que un rápido retorno de los nacionales de un Estado tercero en situación irregular, por lo que, cualquier medida de internamiento o pena de prisión no impuesta en el marco de un procedimiento de retorno solo implicaría una demora de dicho procedimiento.

En síntesis, respecto del ingreso clandestino, hemos de precisar que existen dos tendencias jurisprudenciales. Por una parte, se observan aquellas que rechazan lo amparos

<sup>1466</sup> CS, *Mosquera con Ministerio del Interior* (2017, rol N° 40744-2017) considerando 3°.

<sup>1467</sup> CS, *Mosquera con Ministerio del Interior* (2017, rol N° 40744-2017) considerandos 4° y 5°.

en contra de expulsiones dado que el ingreso clandestino ha sido reconocido por el extranjero, lo que se traduce en una infracción de la norma migratoria. Ello ha dado a lugar a la expulsión conforme a la ley. Un ejemplo de ello lo observamos en el caso signado bajo el rol N° 188-2018 dirimido por la CA de Santiago, que estimó que la orden de expulsión incoada contra el accionante no había dado “...cuenta de antecedentes serios y veros miles acerca de la existencia de un acto que pudiese afectar de cualquier forma la libertad personal o seguridad individual del amparado”<sup>1468</sup>. Resulta interesante que, si bien el criterio contenido en el fallo antes aludido fue ratificado posteriormente por la CS, tal decisión era improcedente a criterio de los votos emitidos por los ministros. Para estos últimos, el dictamen de expulsión se basaba “... únicamente en la mera noticia de la autoridad policial a la administrativa del ingreso al país del recurrente, antecedente del todo insuficiente para sostener en este caso la decisión de expulsión cuestionada, circunstancia que priva de fundamento al acto, pone en peligro la libertad personal de la amparada, compelida a hacer abandono del país, y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas pertinentes que garanticen el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata”<sup>1469</sup>. De esta opinión en contra se desprende la necesidad de que el ingreso clandestino sea suficientemente investigado por constituir el único fundamento factico que da sustento a la medida de expulsión acordada. Sin embargo, ello no fue considerado de este modo por la referida corte.

Otro ejemplo de esta tendencia jurisprudencial lo observamos en el caso signado bajo el rol N° 232-2018 dirimido por la CA de Santiago, tras sostener que era un hecho reconocido y pacífico que el amparado ingreso al país de manera irregular, motivo por el cual, la autoridad administrativa disponía de potestad discrecional para decretar la expulsión de la amparada y mantener dicha decisión al haber rechazado el recurso de reconsideración por estimar que no fueron proporcionados nuevos antecedentes<sup>1470</sup>. También interesa acotar aquí que, si bien el criterio contenido en el fallo antes aludido fue ratificado posteriormente por la CS, contra tal criterio se leen los votos emitidos por los ministros. Estos últimos han sostenido que “el dictamen de expulsión se basa en la mera noticia de la autoridad policial, antecedente del todo insuficiente para fundar la decisión de expulsión cuestionada”<sup>1471</sup>.

Por su parte, la CA de Antofagasta –en el caso rol N° 115-2017 – ha acotado que la medida de expulsión está plenamente ajustada a derecho cuando el ingreso clandestino ha sido reconocido por el propio accionante pese al desistimiento de la acción penal con motivo de la comisión de este delito. Según este fallo, siendo un hecho no controvertido el ingreso clandestino del accionante, “la interposición de la denuncia y su desistimiento ante el Juzgado de Garantía sólo extinguió la responsabilidad penal del amparado por el delito descrito en el artículo 69 del D.L. N° 1094, subsistiendo las otras responsabilidades que pudieren haberse originado de dicho ilícito, como es el caso de la responsabilidad administrativa, lo que en definitiva motivó la dictación de la Resolución Afecta N° 65, hoy en cuestionamiento”<sup>1472</sup>.

<sup>1468</sup> CA de Santiago, *Soto con Policía de Investigaciones de Chile* (2018, rol N° 188-2018) considerando único.

<sup>1469</sup> CS, *Soto con Policía de Investigaciones de Chile* (2018, rol N° 2855-2018) voto de ministros.

<sup>1470</sup> CA de Santiago, *Pérez con Intendencia de la Región Metropolitana* (2018, rol N° 232-2018) considerando 4°.

<sup>1471</sup> CS, *Pérez con Intendencia de la Región Metropolitana* (2018, rol N° 3491-2018) voto de ministros.

<sup>1472</sup> CA de Antofagasta, *Duran con Intendencia de Antofagasta* (2017, rol N° 115-2017) considerando 5°.

En el caso rol N° 1697- 2016 decidido por la CA de Santiago también se denegó el amparo incoado, ya que era un hecho no controvertido el ingreso clandestino por parte del accionante. Asimismo, se agregó que “...la aparente inconsistencia que pudiera advertirse en el proceder de la autoridad, al haber dejado sin efecto la resolución que dispuso en su momento la expulsión del amparado y ahora denegar la solicitud de regularización, no es tal, pues encuentra una explicación razonable en el hecho de permitir, precisamente, la regularización que se pretende, pues conforme a la ley el expulsado del territorio de la Republica queda impedido de ingresar, situación que ya no afectará la persona en cuyo favor se recurre”<sup>1473</sup>. De tales pronunciamientos se desprende que poco interesan las razones aducidas por el accionante para justificar el ingreso clandestino al territorio chileno, primando sobre estas consideraciones el hecho de que se ha incurrido en un acto sancionado penal y administrativamente, lo que justifica la imposición de la medida de expulsión.

No obstante, en contraste con las posiciones anteriores se observa la tendencia jurisprudencial que acoge los amparos por ingreso clandestino por no haber existido condena por delito de ingreso clandestino y por haberse extinguido la responsabilidad penal tras el desistimiento de la denuncia por parte de la Intendencia. Un ejemplo de ello se observa en el caso rol N° 67452-2016 zanjado por la CS. En este fallo se sostuvo que la acción de amparo incoada debía ser acogida ya que “...el dictamen de expulsión se basa únicamente en la mera noticia de la autoridad policial a la administrativa, efectuada hace más de tres años atrás, antecedente del todo insuficiente para sostener en esta caso la decisión de expulsión cuestionada, circunstancia que priva de fundamento al acto, pone en peligro la libertad personal del amparado, compelido a hacer abandono del país, y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas pertinentes que garanticen el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata”<sup>1474</sup>.

La misma corte, en el caso rol N° 726-2016 ha sostenido que es necesario que exista una sentencia condenatoria respecto del delito de ingreso clandestino para que proceda la expulsión. Específicamente, este tribunal ha sostenido que “uno de los elementos que sustenta la decisión de la autoridad para disponer la expulsión del recurrente es el artículo 69 de la normativa sobre Extranjería, conforme la cual es necesaria la existencia de una sentencia condenatoria y el cumplimiento de la pena, que en el caso de mar as no se cumplen, sin perjuicio de haberse deducido en la especie por parte del Ministerio del Interior la respectiva acción”<sup>1475</sup>. En este orden de ideas, la CA de Santiago ha subrayado que “ha sido una normativa de carácter jerárquicamente inferior a la ley que ha creado una nueva causal que permitiría una forma de afectación del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual – como lo es por cierto la expulsión del territorio de la República – en circunstancias que esa determinación ha quedado entregada por mandato constitucional al dominio de la ley. En esas condiciones, si bien la Ley N° 19.175 entrega la facultad al

---

<sup>1473</sup> CA de Santiago, *Godoy con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016, rol N° 1697-2016) considerando 5°.

<sup>1474</sup> CS, *Rengifo con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016, rol N° 67452-2016) considerando 3°.

<sup>1475</sup> CA de Santiago, *Pérez con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016, rol N° 726-2016) considerando 4°. Con similares criterios, véase CA de Santiago, *Manzanillo con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016, rol N° 327-2016)

En este caso el accionante había ingresado en forma irregular a Chile y posteriormente concurrió al Departamento de Policía Internacional de la Policía de Investigaciones a fin de auto denunciar su ingreso irregular, con la esperanza de poder regularizar su situación migratoria. Sin embargo, se ordenó su expulsión.

Intendente Regional para aplicar administrativamente las disposiciones contenidas en la ley de Extranjería y eventualmente disponer la expulsión de una persona, se debe tener presente que dicha facultad debe estar acorde con un fundamento normativo, cual en la especie no concurre, al no existir una sentencia condenatoria en perjuicio del recurrente...<sup>1476</sup>. De ello se desprende que, en cierto modo, las previsiones contenidas en el DL 1.094 respecto de las facultades de expulsión con motivo de las prohibiciones de entrada deben estar supeditadas a las normas constitucionales a fin de resguardar la libertad personal. También se ha exigido el cumplimiento previo de la pena impuesta por el delito de ingreso clandestino para poder acordar la expulsión.

Con similares criterios a los referidos en el caso anterior, la CA de Santiago en el caso rol N° 288-2016, ha sostenido que “la regla prescribe que la expulsión del extranjero que ingresó clandestinamente al territorio nacional debe hacerse efectiva sólo una vez cumplida la pena por el delito cometido. En el caso de la amparada esa pena no sólo no ha sido impuesta ni menos cumplida, sino que ni siquiera alcanzó a iniciarse investigación en su contra”<sup>1477</sup>. En el caso esgrimido por la CS con el rol N° 100724-2016 también se ha reiterado que cuando el dictamen de expulsión se basa únicamente en la mera noticia de la autoridad policial – refiriéndose aquí específicamente al ingreso clandestino – se considera un antecedente del todo *insuficiente* para fundar la decisión de expulsión. Adicionalmente, esta circunstancia priva de fundamento racional al acto poniendo en peligro con ello la libertad personal del amparado<sup>1478</sup>.

Las diferentes posiciones jurisprudenciales anteriormente reseñadas dan cuenta de la ausencia de uniformidad de criterios en cuanto a las órdenes de expulsión acordadas con motivo del ingreso clandestino. Esta disparidad se traduce en cierta incertidumbre jurídica para el accionante, quien -dependiendo del juzgado de turno- podrá obtener un resultado a favor o en contra de la acción incoada con independencia de las circunstancias fácticas que rodeen su caso.

### **1.2.2. Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.**

Hemos de tener en mente que –según lo regulado en la legislación migratoria vigente en Chile– el inmigrante que pretenda entrar en territorio chileno deberá hacerlo a través de los puestos habilitados para tales efectos, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad –que se considere válido para tal fin en virtud de los convenios internacionales suscritos por Chile – y no estar sujeto a prohibiciones expresas. En este orden de ideas, a aquellos inmigrantes que no cumplan con los anteriores requisitos se les considerará prohibida la entrada en Chile y se le impedirá el acceso al territorio, aunque reúnan los requisitos exigidos para ello, cuando hayan sido previamente expulsados. Sobre las prohibiciones de ingreso, las cortes chilenas han emitido varios pronunciamientos de interés. En el caso rol N° 2209-2014 la CA de Santiago se ha referido a las facultades que tiene la autoridad migratoria para rechazar el ingreso de los extranjeros que se encuentren en algunas de las situaciones prescritas en la legislación migratoria vigente. Al respecto ha

<sup>1476</sup> CA de Santiago, *Pérez con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016, rol N° 726-2016) considerando 5°.

<sup>1477</sup> CA de Santiago, *Oleo con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016, rol N° 288-2016).

<sup>1478</sup> CS, *Ramos con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2016, rol N°100724-2016) considerando 3°. Con similares criterios, véase CS, *Riascos con Intendencia Regional de los Lagos* (2017, rol N°7007-2017); CS, *Pujols con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2017, rol N° 11650-2016).

señalado que estas facultades no implican “...que el órgano administrativo se encuentre relevado del deber de fundamentación que gobierna los actos administrativos, más aún cuando se trata de limitar derechos fundamentales, cuyo ejercicio –con anterioridad- la propia administración permitió, en términos que su cambio de criterio, aludiendo genéricamente al contenido de la minuta, agregada a fojas 56, que ningún hecho concreto relacionado con las hipótesis del citado artículo 15 contiene, conduce a esta Corte a estimar que el acto no se encuentra motivado, circunstancia que de suyo lo hace ilegal”<sup>1479</sup>. De este modo, tales facultades encuentran su restricción en la necesidad de adoptar medidas de prohibición de entrada debidamente fundamentadas.

Si bien el artículo 15, numeral 2 del DL 1.094 contempla la prohibición de entrada cuando el inmigrante se dedique al 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. Sin embargo, en el caso rol N° 8759-2015<sup>1480</sup> se acordó la admisión de la acción de amparo interpuesta, ordenando dejar sin efecto la prohibición de entrada con fundamento en la protección del núcleo familiar. Así, a criterio del juez, las circunstancias familiares del accionante fueron suficientes para que la autoridad administrativa se inhibiese de ejercer la facultad que le confiere el artículo 15 número 2 del DL 1.094 en orden a impedir el ingreso del amparado a territorio nacional, por cuanto aquellas tienen preponderancia sobre las disposiciones migratorias<sup>1481</sup>.

Por otra parte, en el artículo 15 de la norma migratoria se encuentra prohibido el ingreso al país de los extranjeros que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto. En este orden de ideas, la CA de Antofagasta en el caso rol N° 6-2016<sup>1482</sup> resolvió que las prohibiciones de ingreso no pueden ser consideradas como un acto ilegal o arbitrario, ya que estas prohibiciones no obedecen sino al cumplimiento de la norma migratoria vigente. Por ello, el decreto que ordena la expulsión del país tampoco puede ser considerado como ilegal o arbitrario, ya que este último encuentra su fundamento en una facultad contemplada en la ley ante hechos objetivos como es el ingreso clandestino<sup>1483</sup>. Así, del fallo anterior se colige que las órdenes de expulsión y prohibición de entrada están ampliamente ajustadas a derecho cuando se derivan de expulsión previa fundada en un ingreso clandestino.

Esta misma corte, en el caso signado bajo el rol N° 982-2016 ha sostenido que los simples interrogatorios con motivo de decidir la concesión o no del permiso de ingreso a

---

<sup>1479</sup> CA de Santiago, *Torres con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014, rol N° 2209-2014) considerando 7°.

<sup>1480</sup> CA de Iquique, *Bernal con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015, rol N° 8759-15). En 2014 se había acordado la expulsión en contra del accionante, impidiendo su ingreso a territorio chileno. Posteriormente este ingreso a Chile de forma clandestina tratando de regularizar su situación. En 2015 el accionante fue expulsado del país y tras un nuevo intento de ingreso este le fue denegado.

<sup>1481</sup> CA de Iquique, *Bernal con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015, rol N° 8759-15) considerando 3°.

<sup>1482</sup> CA de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016, rol N° 76-2016). En este caso la accionante había ingresado al país en junio de 2013 por un paso no habilitado, presentándose en julio del mismo año voluntariamente en dependencias de Policía Internacional para auto denunciarse y regularizar su situación migratoria. En 2014 se le notificó de la orden de expulsión y contra dicha orden interpuso un recurso de invalidación. En el proceso volvió a Chile para ver a sus hijos, sin embargo, posteriormente se le informó que no podía ingresar por mantener pendiente la orden de expulsión.

<sup>1483</sup> CA de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016, rol N° 76-2016) considerando 5°.



territorio chileno no constituyen una violación del derecho a la libertad personal. Así, la referida CA ha zanjado el asunto señalando que a la Policía de Investigaciones de Chile le corresponde el control de ingreso de personas al país y por ello “...las indagaciones de las que el recurrente sostiene fue objeto la amparada, se encuentran dentro de las facultades que establecen las normas legales y Reglamentarias, como también del artículo 5 del DL 2460/79 (Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones) sin que pueda estimarse que se ha restringido o amenazado el derecho a la libertad de la amparada, como su integridad física o psíquica, por el solo hecho que las entrevistas se hayan prolongado por un tiempo que la amparada considera no adecuado a su condición”<sup>1484</sup>.

En el caso rol N° 4555-2018, la CS ha señalado que se violenta la libertad personal del accionante si se mantiene la vigencia de una prohibición de entrada sin motivos legales. En este orden de ideas, la referida corte ha precisado que “yerra la autoridad recurrida al sostener que la amparada debió solicitar previamente el alzamiento de la prohibición de ingreso, generada por la resolución que rechazó su visación temporaria, sobre la base de una nueva situación de residencia y aclarar los antecedentes penales registrados en Colombia pues, por una parte, la recurrente no ha manifestado su voluntad de residir en Chile, ya que los fines de su viaje han sido turísticos y, por otro lado, el requerimiento de antecedentes judiciales, amén de haber sido aclarados con el documento que la propia Gobernación recurrida aporta, atañen a un procedimiento diverso, ya concluido, cual es el otorgamiento de visa en la modalidad temporaria por vínculo con chileno”<sup>1485</sup>.

Respecto de la prohibición de entrada contenida en el inciso 7 del artículo 15 del DL 1.094, la CA de Santiago también ha trazado argumentos de interés. En el rol N° 1980-2014 este tribunal ha resuelto el rechazo de la acción de amparo incoada, dado que el ingreso de los amparados bajo la suposición de turistas, cuando efectivamente lo que motivaba su viaje era la finalidad de trabajar, incumple con las exigencias que la ley dispone para autorizar su ingreso. Según adujo la CA de Santiago, claramente “...los recurrentes no contaban con la visa de trabajo necesaria para tal fin, situación que los ponía en posición diversa a la de aquel turista que ya estando en el país, quisiera desarrollar un trabajo remunerado, caso previsto por las normas que cita equivocadamente el recurrente en aval de su posición”<sup>1486</sup>.

Respecto de las sanciones penales con motivo de la entrada irregular, la CA de Antofagasta se ha pronunciado en el caso rol N°115-2017, acotando que existen diferencias establecidas por el legislador entre las sanciones penales y las sanciones administrativas. En este sentido ha sostenido que “... conforme el tenor literal del inciso segundo del artículo 69 de dicho Decreto Ley, se puede apreciar que el legislador hace una clara diferenciación entre la pena penal y la sanción administrativa, ya que de otro modo no se explica en el texto la expresión `una vez cumplida la pena, los extranjeros serán expulsados del país` que supone una separación intelectual de ambas sanciones, lo que se ratifica al atribuir sólo al Intendente como autoridad administrativa el decretar la expulsión del país de un extranjero. Y en tal sentido, si bien bajo el estándar penal no ha podido ser investigado el delito, el estándar administrativo ha sido cumplido si se tiene en cuenta la existencia del parte de Policía de Investigaciones y la propia declaración del amparado que dan cuenta de su ingreso

<sup>1484</sup> CA de Santiago, *Córdoba con Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile* (2016, rol N° 982-2016) considerando 8°.

<sup>1485</sup> CS, *Díaz con Gobernación Provincial de Iquique* (2018, rol N° 4555-2018) considerando 4°.

<sup>1486</sup> CA de Santiago, *Zenteno con Policía de Investigaciones de Chile* (2014, rol N° 1980-2014) considerando 6°.

clandestino. De otro modo, la norma respectiva quedaría supeditada siempre a la existencia de una condena y un juicio penal previo, que conlleva un desgaste innecesario de recursos y prácticamente un contrasentido al fin de esta, ya que tampoco –en tal sentido– se explicaría la facultad concedida al Intendente en el artículo 158 del D.S. N° 597 de desistirse de la acción penal”<sup>1487</sup>.

En este orden de ideas, resulta ilustrador lo señalado por el TJUE respecto de los parámetros que deben regir la imposición de sanciones ante la violación de una prohibición de entrada. Recordemos que el artículo 11 de la directiva retorno señala que la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. En este orden de ideas, el TJUE ha entendido que la posibilidad de legislar sanciones penales ante la violación de una prohibición de entrada sólo sería permisible siempre que la prohibición de entrada cumpla con las previsiones del referido artículo 11 y que su imposición se haga de conformidad con los derechos fundamentales –y, en su caso con el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados–, elementos nucleares del derecho europeo. Recordemos también que la jurisprudencia del TJUE ha reconocido dos situaciones en las que esta directiva no se opone a la privación de libertad de un nacional de un tercer país basada en la irregularidad de su situación. Una de ellas consiste en que, habiéndose aplicado el procedimiento de retorno, la persona afectada entra de nuevo en el territorio de este Estado miembro –*Asunto Celaj*– infringiendo una prohibición de entrada. El argumento es muy simple de explicar. En su criterio el TJUE no hace más que poner de manifiesto que, cuando los nacionales de terceros países vuelven a entrar en el territorio de un Estado miembro incumpliendo una prohibición de entrada, estos últimos adoptan medidas que criminalizan las infracciones administrativas creando una combinación entre la ley de inmigración (no punitiva) y la ley penal, lo que puede llevar a consecuencias negativas para los inmigrantes y una sobrecarga indebida al sistema de justicia penal.

Asimismo, en el caso rol N° 752-2013<sup>1488</sup>, la CA de Santiago ha entendido que solo se puede dejar sin efecto la prohibición de ingreso por medio de un procedimiento administrativo previo<sup>1489</sup>. El DL 1.094 también señala que la medida de prohibición de ingreso procede aun en aquellos casos cuando hayan prescrito las acciones penales o las penas correspondientes al delito de ingreso o intento de egreso valiéndose de documentos falsificados. A tal efecto, la CA de Santiago –en el caso rol N° 10-2014<sup>1490</sup>– indicó que la presentación de documentos falsos por parte del afectado con la medida de prohibición de entrada para regularizar su situación debía ser entendida como un hecho de extrema gravedad.

<sup>1487</sup> CA de Antofagasta, *Duran con Intendencia de Antofagasta* (2017, rol N° 115-2017) considerando 5°.

<sup>1488</sup> CA de Santiago, *Rentería con Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 752-2013). El accionante había ingresado a Chile en 2006 con residencia temporaria. No obstante, en 2009 fue expulsado del país por haber cometido el delito de lesiones graves. En 2013, el accionante reingreso a Chile clandestinamente por estar vigente la orden de expulsión y la prohibición de ingreso.

<sup>1489</sup> CA de Santiago, *Rentería con Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 752-2013) considerando 5°.

<sup>1490</sup> CA de Santiago, *Ocampo con Gobernación Provincial de Antofagasta y Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10-2014). A la accionante se le había rechazado su solicitud de visa debido por haber efectuado declaraciones falsas respecto de su contrato de trabajo. Por ello se había ordenado su expulsión de territorio chileno junto con la prohibición de ingreso.

Esta *extrema gravedad* no se vio disminuida a pesar de que la amparada demostró tener vínculos familiares en Chile<sup>1491</sup>.

Por otra parte, el artículo 15, numeral 4 del DL 1.094 contempla la prohibición de ingreso con base a la falta de recursos económicos que le permita –al inmigrante– vivir en Chile sin constituir carga social. En interpretación de este precepto legal, la CA de Arica –en el rol N° 44-2013<sup>1492</sup>– ha entendido que es deber de los amparados el justificar que cuentan con los medios económicos necesarios para vivir en Chile sin constituir una carga social, a fin de hacer improcedente una prohibición de entrada<sup>1493</sup>. Sobre este tema en particular, un voto en contra emitido por los ministros en el caso rol N° 2018 denota relevancia. En este asunto, si bien la CS rechazó la acción de amparo incoada, se hizo referencia a las imprecisiones que rodean ciertos conceptos de la legislación migratoria vigente, advirtiendo el proceder ilegal de la autoridad actuante “...al invocar más requisitos que los que establece la ley para negar el ingreso al país de los amparados, lo que se traduce en no precisarse lo que se entiende en el caso concreto por dinero suficiente para su permanencia en Chile, tema que al no estar definido en la ley, requiere del empleo de un criterio racional, comprobable por individuos extranjeros, que no dominan el idioma español”<sup>1494</sup>. Aquí se ha reiterado sobre la necesidad de emplear criterios racionales cuando se trata de valorar si la situación del inmigrante se encuentra inmersa dentro de la causal de prohibición de entrada relativa a la falta de recursos económicos suficientes.

La prohibición de entrada basada en el numeral 4, artículo 15 del DL 1094 exige que el funcionario fronterizo evalúe las circunstancias que rodean a cada inmigrante, a fin de determinar si este último se encuentra inmerso dentro de alguna causal que amerite su prohibición de ingreso. Pero en muchos casos estos funcionarios se han excedido en el ejercicio de tales prerrogativas. Entendiendo que el propio DL 1.094 en su artículo 49 autoriza al turista a solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, este tribunal ha sostenido que “...no cabe entender –a riesgo de imponer sanciones en base a meras intenciones del administrado– que la calidad de turista que invoca el extranjero al solicitar el ingreso al país, mute, se pierda, o pueda calificarse de falsa, si éste tiene la intención de más tarde requerir la modificación de estatuto que autoriza la ley, y, por otra parte, en este supuesto el cumplimiento de los requisitos para tal cambio de calidad será examinado en su oportunidad por la autoridad administrativa competente, sin que pueda la Policía de Investigaciones adelantar dicho escrutinio”<sup>1495</sup>. De este fallo se deduce la necesidad de delimitar el alcance de las prerrogativas con las que actúan los funcionarios encargados de autorizar el ingreso de los inmigrantes a territorio chileno.

---

<sup>1491</sup> CA de Santiago, *Ocampo con Gobernación Provincial de Antofagasta y Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10-2014) considerando 5°.

<sup>1492</sup> CA de Arica, *Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos con Policía de Investigaciones de Arica* (2013, rol N° 44-2013). Los accionantes habían intentado ingresar a Chile por Arica, pero la PDI les negó el ingreso.

<sup>1493</sup> CA de Arica, *Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos con Policía de Investigaciones de Arica* (2013, rol N° 44-2013) considerando 5°.

<sup>1494</sup> CS, *Widmyer y Makerly Dee con Departamento de Extranjería y Policía de Investigaciones de Chile* (2018, rol N° 4113-2018) voto de ministros.

<sup>1495</sup> CS, *Lino con Policía de Investigaciones de Chile* (2015, rol N° 5163-15) considerando 5°.

Las cortes chilenas en varios fallos han delimitado las facultades policiales de las autoridades migratorias. Así, en el rol N° 3563-2013<sup>1496</sup>, la CS ha referido que cuando la autoridad migratoria deba verificar la suficiencia de los medios económicos, debe actuar con prudencia y de forma restringida pues se trata de una cuestión subjetiva y discrecional<sup>1497</sup>. Asimismo, la CS ha señalado que las atribuciones de las autoridades fronterizas deben ser ejercidas razonadamente<sup>1498</sup>. En el mismo fallo, este tribunal ha precisado que si un extranjero se encuentra en alguna de las hipótesis que describen los preceptos que regulan las prohibiciones de entrada, se le debe denegar la entrada al país. No obstante, cuando el fundamento que se esgrime para prohibir el ingreso no se sustenta en ninguna de las causales descritas en los preceptos legales, se concluye que “...el control migratorio efectuado por la Policía de Investigaciones ha excedido sus atribuciones, al negar el ingreso al país a los amparados únicamente sobre la base de lo declarado por la autoridad, en circunstancias que no se ha demostrado que no cumplieran los requisitos generales que prescribe la ley para permitir su libre tránsito por Chile, de manera que no era posible impedirles válidamente su derecho a ingresar al territorio nacional”<sup>1499</sup>. Por su parte, la CS ha señalado –en el caso rol N° 5163-2015 – que, conforme al inciso 2° del artículo 44 del DL 1.094, las autoridades policiales solo podrán exigir del inmigrante que acredite “...tener los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, sin encontrarse facultada para someterlo a un interrogatorio con el objeto de indagar o descubrir otros motivos o intenciones para el ingreso, como la inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas, menos aún si dicho interrogatorio conlleva una restricción de la libertad ambulatoria del amparado durante el período que se extiende ese sondeo, lo que impide aplicar analógicamente alguna norma en esta materia en perjuicio del extranjero”<sup>1500</sup>. En este mismo fallo se ha hecho referencia a la investidura que ostentan estos funcionarios fronterizos. La CS ha acotado que “...los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, en el específico asunto de que se trata en el caso *sublite*, no han sido investidos legalmente de la calidad de ministros de fe, de manera que no puede presumirse legalmente la verdad del contenido de la constancia efectuada en el Libro de reembarque de extranjeros”<sup>1501</sup>. Esto último reviste de interés, ya que generalmente estos *libros de reembarque* son empleados por las autoridades migratorias como documentos probatorios, presumiendo la veracidad de su contenido en las cortes chilenas.

Pero en ocasiones, el inmigrante incurre en la violación de estas prohibiciones de entrada, ingresando a territorio chileno por mecanismos irregulares. Recordemos que el

---

<sup>1496</sup> CS, *Velásquez con Jefe de Prefectura policía internacional Aeropuerto de Santiago* (2013, rol N° 3563-2013). En 2013 la accionante había ingresado al país con documentación válida y necesaria, pero fue interrogada en la frontera respecto de los motivos que ingresaba al país y devuelta a su país de origen por no contar con medios de subsistencia durante su estadía en Chile.

<sup>1497</sup> CS, *Velásquez con Jefe de Prefectura policía internacional Aeropuerto de Santiago* (2013, rol N° 3563-2013) considerando 2°: “Que si bien es cierto que las disposiciones citadas por la autoridad policial y migratoria para imponer el retorno de la amparada a su patria de origen, la facultan para exigirle que acredite tener los medios económicos suficientes de subsistencia, tales preceptos no contemplan la forma en que ello deba ser establecido, por lo que se trata de una cuestión subjetiva y discrecional, que como tal debe ser analizada con prudencia y de forma restringida”.

<sup>1498</sup> CS, *Caicedo con Departamento de Extranjería* (2013, rol N° 2702-2013) considerando 2°.

<sup>1499</sup> CS, *Parada y otros con Policía de Investigaciones de Chile* (2014, 29344-2014) considerandos 3° y 4°.

<sup>1500</sup> CS, *Lino con Policía de Investigaciones de Chile* (2015, rol N° 5163-15) considerando 3°.

<sup>1501</sup> CS, *Lino con Policía de Investigaciones de Chile* (2015, rol N° 5163-15) considerando 4°.

artículo 87 del DL 1.094 preceptúa que ante la infracción de una prohibición de entrada se debe proceder a la expulsión. Asimismo, en caso de reincidencia, el infractor será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Junto a esta sanción, se deberá aplicar la medida de expulsión al término de la condena. Adicionalmente, según los casos previstos en el artículo 69 del referido decreto, estas las penas se incrementan. En este contexto, las cortes chilenas en algunos casos se han pronunciado respecto de la reincidencia en el delito de la entrada clandestina, como motivación suficiente para denegar la acción de amparo interpuesta. Tal fue el criterio judicial expuesto en el caso rol N° 3-2014<sup>1502</sup>. En este caso, el accionante habiendo sido expulsado del territorio nacional y teniendo la medida de expulsión vigente, ingresó nuevamente en forma clandestina al país, siendo reincidente en este tipo de conducta delictiva para la ley de extranjería. Para el tribunal esta reincidencia fue considerada como una situación grave al burlar todos los controles fronterizos y de súper vigilancia de la autoridad policial migratoria. En este contexto, a criterio del juzgador, tanto las autoridades del Ministerio del Interior y de la Policía de Investigaciones, habían actuado dentro del marco regulatorio en materia de extranjería, y por ende no se había perturbado el derecho de libertad personal del recurrente, quien estaba obligado a dar cumplimiento a lo resuelto por la autoridad administrativa<sup>1503</sup>. Así, la CA de Antofagasta denegó la acción de amparo interpuesta por un accionante que había sido reincidente respecto de la comisión del delito de *ingreso clandestino*, aunque lo que motivó al referido fallo fue la inexistencia de los supuestos que habilitan al ejercicio de dicha acción.

Otro caso de interés lo encontramos en el caso rol N° 19464-2016<sup>1504</sup>. Este caso también contiene pronunciamientos respecto de la reincidencia en la violación de las prohibiciones de entrada. Sin embargo, en este caso los resultados fueron totalmente opuestos al que mencionamos en el párrafo anterior, ya que sí se acogió la acción de amparo incoado contra la orden de expulsión y prohibición de ingreso. Las razones que motivaron la procedencia de la acción interpuesta estuvieron engarzadas en la necesidad de ponderación aducida por el sentenciador en los fundamentos de su sentencia. En este caso, el juzgador entendió que la reincidencia –respecto de la violación de una prohibición de entrada– debía ser ignorada dada la existencia de circunstancias que ameritaban su ponderación. Según adujo la CS, la orden de expulsión y prohibición de entrada debía ser dejada sin efecto ya que la accionante tenía arraigo en el territorio nacional. Según lo ha entendido en este caso la CS, existen circunstancias –como el haber conformado una familia cuyos miembros estaban incorporados regularmente a la sociedad chilena desde un punto de vista migratorio, laboral y educativo– que deben ser debidamente ponderadas pues tienen prevalencia por sobre la inobservancia de la amparada a la prohibición de ingreso emitida en su contra<sup>1505</sup>.

<sup>1502</sup> CA de Antofagasta, *Caicedo con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 3-2014) considerando 6°.

<sup>1503</sup> CA de Antofagasta, *Caicedo con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 3-2014) considerando 2°.

<sup>1504</sup> CS, *Tello con Intendencia de la Región Metropolitana* (2016, rol N° 19464-2016). La accionante registraba tres ingresos irregulares al país. Se acordó su expulsión, que fue ejecutada en abril de 2012. Sin embargo, alegaba vínculo familiar en territorio chileno.

<sup>1505</sup> CS, *Tello con Intendencia de la Región Metropolitana* (2016, rol N° 19464-2016) considerandos 2° y 3°: “Que, en ese estado de cosas, aparece que la medida de expulsión -decretada y cumplida en su oportunidad- se ha tornado ilegal, por desproporcionada, puesto que las circunstancias en que se halla la amparada en la actualidad han variado respecto de aquellas en que se encontraba al momento de disponerse su expulsión. En efecto, los hechos asentados en el motivo precedente dan cuenta de su notorio arraigo en el territorio nacional, por cuanto ha formado una familia cuyos miembros están incorporados regularmente a la sociedad chilena desde un punto de vista migratorio, laboral y educativo, y tiene a su haber un prolongado tiempo de estadía en el país

Aquí también resultan ilustradores -de forma contrastada- los criterios jurisprudenciales observados por el TJUE en aplicación del derecho de la UE. Recordemos que el TJUE ha señalado que solo en condiciones estrictas y limitadas, los Estados miembros pueden imponer sanciones penales con motivo de una violación de prohibición de entrada. Estos criterios se encuentran claramente en línea con el preámbulo de la directiva retorno, que contiene una serie de principios fundamentales que sustentan la legislación en su conjunto y que, por lo tanto, deberían tenerse en cuenta en la aplicación de sus provisiones. Se deduce que las sanciones con motivo de una violación de la prohibición de entrada caen dentro del alcance de la ley de criminología, lo que se traduce en el fenómeno de la doble criminalización de la migración, ya que en algunos países de origen existe para el nacional de un tercer Estado –irregular que ha sido expulsado por un Estado miembro de la UE – el riesgo de penalización en forma de sanción penal, ya sean multas o penas privativas de libertad. Cuando estos países criminalizan la migración, forzados a regresar de forma expedita a sus países de origen o de nacionalidad, estas personas inadmisibles nunca llegan a convertirse en migrantes sino en ciudadanos sospechosos que terminan siendo penalizados de dos formas: mediante su regreso involuntario y segundo, por la apertura de sumarios penales en sus países.

### 1.2.3. Duración de la prohibición de entrada.

Las cortapisas contempladas en la legislación migratoria chilena respecto del ingreso de extranjeros se encuentran justificadas, de manera general, en función de criterios de seguridad y salud pública. Y respecto de estas prohibiciones de ingreso también se observa la interposición de acciones de amparo que han permitido a las cortes chilenas emitir criterios interpretativos de relevancia para este estudio. Ello puede ser observado en el caso rol N° 76-2016<sup>1506</sup>, fallo en el que la CA de Antofagasta no acogió la acción de amparo interpuesta respecto del decreto de expulsión. Vale acotar que este decreto de expulsión había adquirido firmeza, debido a que no se hubo interpuesto ningún recurso administrativo contra la decisión que acordó el rechazo de la acción de amparo. Según lo resuelto por la CA de Antofagasta, la acción no podía ser acogida, pues –según lo ha entendido la corte– las prohibiciones de ingreso de extranjeros previamente expulsados u obligados al abandono del país por Decreto Supremo se ajustan a lo contemplado por la legislación vigente si no se ha procedido a derogar previamente el decreto de expulsión<sup>1507</sup>. Aunque esta sentencia fue confirmada posteriormente por la CS, en este último fallo<sup>1508</sup> se destaca el voto disidente del Ministro Sr. Juica, quien se pronunció en contra de las prohibiciones de entrada con duración indefinida.

---

sin reproche de ninguna naturaleza. Estas circunstancias, debidamente ponderadas, tienen prevalencia por sobre la inobservancia de la amparada a la prohibición de ingreso que le afecta, cuya fuente se encuentra en una expulsión motivada por una entrada clandestina que, si bien representa la contravención de la normativa migratoria, es un acto que carece de una entidad tal que permita estimar realmente perturbados la conveniencia, utilidad o los intereses de la Nación, razón por la cual la limitación ambulatoria dispuesta es desproporcionada en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. 3° Que, en estas circunstancias, aparece que no existe motivo para mantener vigente una prohibición de ingreso respecto de la amparada, de manera que se hace necesario adoptar, en su favor, las medidas que se dispondrán en lo resolutivo, para garantizar el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha visto afectado”.

<sup>1506</sup> CA de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016, rol N° 76-2016).

<sup>1507</sup> CA de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016, rol N° 76-2016) considerando 4°.

<sup>1508</sup> CA de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016, rol N° 76-2016).

A tal fin, este ministro estuvo por revocar la sentencia y acoger la acción de amparo, sosteniendo en sus argumentos que, el efecto sancionador derivado del ingreso clandestino no puede extenderse indefinidamente en el tiempo, sobre todo cuando la expulsión derivada de tal entrada ilegal ya ha sido cumplida por la amparada de manera no compulsiva<sup>1509</sup>. Pese al voto disidente anteriormente referido, la lectura del caso anterior hace patente la posición jurisprudencial –tanto de la CA de Antofagasta como de la CS– a favor de la prohibición de ingreso de extranjeros que hayan sido expulsados del país, cuyo decreto de expulsión esté aún pendiente tal como lo regula la legislación migratoria vigente. De este modo se ignora la posibilidad de considerar otros criterios que permitan de alguna manera subsanar los vacíos legales en relación con la duración *eterna* de este tipo de decretos, a menos que estos sean previamente revocados. Recordemos que la CorteIDH ha señalado que la legislación migratoria interna debe precisar un plazo de duración de la detención, que nunca puede ser indefinido ni con una duración excesiva que le convierta en una medida de carácter punitivo<sup>1510</sup>.

Otro criterio orientador lo observamos en el caso rol N° 706-2017<sup>1511</sup>. En este fallo la CA de Santiago estuvo por rechazar el amparo incoado contra el decreto de expulsión que impedía al accionante el ingreso al territorio chileno. Según adujo el tribunal, el acto administrativo que motivó la expulsión del recurrente y los fundamentos contenidos en el decreto mismo, se ajustan a la preceptiva legal y reglamentaria vigente. Además, el fundamento se engarza en la posibilidad de emplear otros medios de índole administrativa para solicitar la revocación del decreto de expulsión. En este fallo se ha entendido que la acción constitucional de amparo no es el mecanismo idóneo para obtener la revocación de la orden de expulsión, sino los otros recursos legales y administrativos<sup>1512</sup>. La referida CA también enfatizó la carga procesal que recae en el accionante. Según lo ha entendido la CA de Santiago, el accionante tiene el deber de aportar los antecedentes que permitan determinar que se dedujeron oportunamente tales recursos<sup>1513</sup>, de lo que se desprende la necesidad del agotamiento de la vía administrativa y el empleo de los mecanismos idóneos para poder dejar sin efecto tales órdenes de expulsión.

Por su parte, en el caso rol N° 752-2013<sup>1514</sup>, la CA de Santiago precisó que la única forma mediante la cual se pueden extinguir los efectos del decreto que ordena la expulsión – a los efectos de permitir el ingreso al territorio chileno– es la revocación. En este sentido, esta corte ha sostenido que el hecho de dar cumplimiento a la medida de expulsión no extingue la sanción administrativa que lleva aparejada la prohibición de ingreso al territorio

---

<sup>1509</sup> CA de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016, rol N° 76-2016) voto disidente del Ministro Sr. Juica.

<sup>1510</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 117- 171; CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) párr. 359.

<sup>1511</sup> CA de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017, rol N° 706-2017). En este caso se accionó el amparo con motivo de la prohibición de entrada a territorio nacional en virtud de una orden de expulsión vigente. Ello interfirió en la relación con su familia radicada en Chile.

<sup>1512</sup> CA de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017, rol N° 706-2017) considerando 8°.

<sup>1513</sup> CA de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017, rol N° 706-2017) considerando 8°.

<sup>1514</sup> CA de Santiago, *Rentería con Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 752-2013).

nacional<sup>1515</sup>. En el referido fallo se observan otros aspectos relativos al ingreso clandestino reincidente por parte del accionante, junto a sus antecedentes. En este fallo se ha entendido que es necesario agotar previamente la vía administrativa, solicitando la derogación de los dos decretos de expulsión previamente decretados en contra del amparado<sup>1516</sup>.

Similar criterio se observa en el fallo emitido por la CA de Santiago, en el caso rol N° 872-2017<sup>1517</sup>. En este caso la referida corte no acogió el amparo incoado por no cumplirse los extremos necesarios para su procedencia relativos a la necesidad de una medida cautelar de carácter urgente para restablecer el imperio del derecho. Además, la referida sentencia permite apreciar que el incumplimiento en requisitos de ingreso al país también constituye causal de expulsión. En este sentido la CA sostuvo que la accionante no cumplía con los requisitos que la habilitan para ingresar y permanecer en Chile, lo que justificaba la restricción de su entrada por un acto administrativo dictado por la autoridad competente y dentro de las facultades establecidas en la ley, el cual debía ser *previamente* revocado<sup>1518</sup>.

Los anteriores criterios jurisprudenciales dejan en evidencia la negativa reiterada – por parte de los tribunales de máxima instancia chilenos– en revocar la duración de las prohibiciones de entrada, remitiendo al solicitante al empleo de otros mecanismos legales para proceder a la revocación de tales medidas. Sin embargo, el voto disidente expresado en el rol N° 76-2016 reviste de interés porque deja en evidencia que el juzgador bien podría dejar sin efecto tales medidas de prohibición de entrada cuya duración indefinida es atentatoria de los derechos humanos del inmigrante.

Estas prohibiciones de entradas *eternas* interfieren con la no criminalización de la migración irregular. Recordemos que este tipo de medidas se traducen en una doble criminalización. Ello se observa al sancionar al inmigrante con la expulsión –por una parte– y, –por la otra– con una medida de prohibición cuya duración indefinida le deja en un estado de prolongada indefensión. También se interfiere con la libertad de circulación, derecho que también le asiste al inmigrante. En otros casos se interfiere con el derecho del inmigrante a su reunificación familiar respecto de los miembros de su familia que se encuentren residiendo en territorio chileno.

Sin embargo, en otro caso, el juzgador sí resolvió dejar sin efecto la orden de expulsión y prohibición de ingreso. Nos referimos al caso rol N° 7407-2013<sup>1519</sup>, en el que la CS decidió que el decreto según el cual se disponía la expulsión del accionante, había perdido eficacia, por lo que la vigencia de la prohibición de ingreso al territorio nacional aparece desproporcionada e injustificada, dado que el amparado había dado cumplimiento a las prescripciones de la autoridad pertinente, ha cumplido la pena impuesta y había sido

<sup>1515</sup> CA de Santiago, *Rentería con Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 752-2013) considerando 3°.

<sup>1516</sup> CA de Santiago, *Rentería con Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 752-2013) considerando 5°.

<sup>1517</sup> CA de Santiago, *Espinal con Departamento de Extranjería y Migración* (2017, rol N° 872-2017). La accionante había ingresado a Chile premunida de documentos falsos con los que posteriormente obtuvo la Visa de residencia, situación que fue descubierta por Policía de Investigaciones al momento de su registro. Por ello se ordenó la prohibición de ingreso al país en contra de la accionante.

<sup>1518</sup> CA de Santiago, *Espinal con Departamento de Extranjería y Migración* (2017, rol N° 872-2017) considerando 7°.

<sup>1519</sup> CS, *Trigo con Policía de Investigaciones de Chile* (2013, rol N° 7407-2013). En el año 2013 se le impidió al accionante el ingreso a Chile, con motivo de una orden de expulsión emitida desde el año 2005 tras condena por uso malicioso de instrumento público, condena que ya había sido cumplida.



“...beneficiado por los términos del Decreto 409 sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad, de manera que no es posible impedirle válidamente, asentado en tales antecedentes, su derecho a ingresar al territorio nacional”<sup>1520</sup>.

En otro caso, rol N° 19464-2016 la CS decidió dejar sin efecto la orden de expulsión y prohibición de entrada, ya que la accionante tenía arraigo en el territorio nacional –por cuanto había formado una familia cuyos miembros estaban incorporados regularmente a la sociedad chilena desde un punto de vista migratorio, laboral y educativo– circunstancias, que debidamente ponderadas, tienen prevalencia por sobre la inobservancia de la amparada a la prohibición de ingreso que le afecta, no existiendo motivo para mantener vigente una prohibición de ingreso respecto de la amparada<sup>1521</sup>. Ello deja sobre la palestra la posibilidad y el deber que tiene el operador de justicia de dejar sin efecto las prohibiciones de entrada recurriendo para ello a la aplicación hermenéutica de otros instrumentos legales que permitan el resguardo de los derechos fundamentales del inmigrante, los cuales se ven conculcados con la aplicación de prohibiciones de entrada que tienen una vigencia eterna en base a parámetros legales que no se han ajustado a los estándares internacionales en la materia.

Como contrapunto, debemos considerar lo previsto en el artículo 11 de la directiva retorno. Este precepto podría ofrecer parámetros orientadores para la regulación legal de las prohibiciones de entrada. Recordemos que esta normativa establece que la duración de las prohibiciones de entrada debe determinarse con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años salvo que la persona sobre la que recae la prohibición represente una amenaza grave

---

<sup>1520</sup> CS, *Trigo con Policía de Investigaciones de Chile* (2013, rol N° 7407-2013) considerado 3°: “Que, en tal contexto, considerando particularmente el tiempo que ha transcurrido desde la comisión del delito materia de la condena que fundó el decreto de expulsión que impide el ingreso del amparado al territorio nacional, que supera el establecido para la prescripción de tal ilícito y de la pena asignada al mismo, la circunstancia de encontrarse no sólo cumplida la sanción impuesta sino además el haber sido beneficiado por la autoridad correspondiente con la dictación del acto administrativo en virtud del cual se le considera como si nunca hubiese delinquirido, este tribunal concluye que el Decreto N° 1481 del Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración, que dispuso la expulsión de Héctor Armando Trigo, de nacionalidad argentina, ha perdido eficacia, por lo que la vigencia de la prohibición de ingreso al territorio nacional aparece desproporcionada e injustificada, dado que el amparado ha dado cumplimiento a las prescripciones de la autoridad pertinente, ha cumplido la pena impuesta y ha sido beneficiado por los términos del Decreto 409 sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad, de manera que no es posible impedirle válidamente, asentado en tales antecedentes, su derecho a ingresar al territorio nacional”.

<sup>1521</sup> CS, *Tello con Intendencia de la Región Metropolitana* (2016, rol N° 19464-2016) considerandos 2° y 3°: “Que, en ese estado de cosas, aparece que la medida de expulsión -decretada y cumplida en su oportunidad- se ha tornado ilegal, por desproporcionada, puesto que las circunstancias en que se halla la amparada en la actualidad han variado respecto de aquellas en que se encontraba al momento de disponerse su expulsión. En efecto, los hechos asentados en el motivo precedente dan cuenta de su notorio arraigo en el territorio nacional, por cuanto ha formado una familia cuyos miembros están incorporados regularmente a la sociedad chilena desde un punto de vista migratorio, laboral y educativo, y tiene a su haber un prolongado tiempo de estadía en el país sin reproche de ninguna naturaleza. Estas circunstancias, debidamente ponderadas, tienen prevalencia por sobre la inobservancia de la amparada a la prohibición de ingreso que le afecta, cuya fuente se encuentra en una expulsión motivada por una entrada clandestina que, si bien representa la contravención de la normativa migratoria, es un acto que carece de una entidad tal que permita estimar realmente perturbados la conveniencia, utilidad o los intereses de la Nación, razón por la cual la limitación ambulatoria dispuesta es desproporcionada en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. 3° Que, en estas circunstancias, aparece que no existe motivo para mantener vigente una prohibición de ingreso respecto de la amparada, de manera que se hace necesario adoptar, en su favor, las medidas que se dispondrán en lo resolutivo, para garantizar el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha visto afectado”.

para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. No apuntamos aquí sugerir idénticos lapsos de duración de estas prohibiciones –prefijadas en el ámbito europeo– como un parámetro orientador de las regulaciones referidas a las prohibiciones de entrada en Chile. No obstante, si rescatamos la idea de precisar un tiempo de duración delimitado de estas prohibiciones de entrada. Adicionalmente, también resulta un aporte positivo lo contemplado en esa normativa europea respecto de la aplicación automática de prohibiciones de regreso asociada a todo procedimiento de expulsión. Estas aplicaciones automáticas son contrarias a sus principios, ya que tales prohibiciones se deben basar en datos objetivos y con una duración determinada en consideración a todas las circunstancias relevantes del caso individual. El TJUE también ha ratificado tales criterios en su jurisprudencia.

#### 1.2.4. Principio de proporcionalidad de la medida.

El principio de la proporcionalidad ha venido a constituir una especie de limitación al *ius puniendi* del Estado. Si bien incumbe a los Estados asegurar el orden público –en virtud de un principio de derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que se derivan de los tratados– lo que implica el ejercicio de la facultad de expulsar a los delincuentes, aunque la medida ha de ser necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido cuando vulnera derechos fundamentales de los interesados<sup>1522</sup>. La proporcionalidad destierra cualquier automatismo de las medidas que acuerdan la expulsión y debe ser aplicada cualquier medida de expulsión dictada en un expediente administrativo. Sin embargo, dado que los márgenes que definen los criterios de proporcionalidad y racionalidad pueden ser un tanto ambiguos, resulta de interés efectuar una revisión de los parámetros a los que el operador de justicia les vincula en la resolución de sus fallos para entender hasta donde se extienden estos *límites* a la actuación estatal.

Sobre el principio de proporcionalidad la CS ha aportado interesantes orientaciones, citando para ello la Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus párrafos 14 y 15. Aquí la CS ha acotado que “las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento... explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas”<sup>1523</sup>.

<sup>1522</sup> TEDH, *Dalia contra Francia* (1988, aplicación N° 26102/95) párr. 52. Este caso versó acerca de la expulsión judicial de la Sra. Dalia tras haber sido condenada a la pena de un año de privación de libertad.

<sup>1523</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerando 8°: “Que, del mismo modo, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados deben ejercer su potestad en relación al (sic.) ingreso y permanencia en el país de un extranjero. Así, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él, correspondiendo a cada Estado Parte decidir a quién ha de admitir en su territorio, su artículo 13 dispone que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar

La CS se ha pronunciado al respecto tras conocer de la acción de amparo intentada en el caso rol N° 1802-2013<sup>1524</sup>. Revisten de interés las consideraciones de la CS en este fallo, respecto de los elementos de *proporcionalidad y racionalidad de la medida*, entendidos como parámetros que deben ser tomados en cuenta para que opere la restricción de la libertad personal del inmigrante. Así, la CA en el referido caso ha señalado que, si bien la normativa migratoria 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 al respeto de sus derechos fundamentales, entre los cuales destaca, en primer lugar, su libertad personal<sup>1525</sup>. En este caso, el juzgador ha considerado como desproporcionada la medida que mantuvo bajo detención administrativa al inmigrante por más de 24 horas, entendiendo que se le había restringido su libertad personal de modo irrazonable. En el fundamento de su decisión ha citado el artículo 90 del DL 1094 y artículo 176 del Reglamento de Extranjería.

En el caso *Cuartel Borgoño*<sup>1526</sup>, la CA vinculó los elementos de proporcionalidad y razonabilidad con la necesaria *juridicidad y justificación* que deben acompañar a toda medida de privación de libertad. Para la referida CS, una prolongación en el tiempo de detención, pero carente de juridicidad, racionalidad, de justificación y que sobrepasa toda proporcionalidad, se traduce en una indebida e ilegal privación de libertad –lo que no se justificaba porque los detenidos estaban cumpliendo los controles de la Ley de Extranjería– de modo que, amén de ilegal, la privación de libertad resultaba desproporcionada e innecesaria<sup>1527</sup>. Aunque en el caso *Cuartel Borgoño* la CA admitió eventuales retardos de las expulsiones –por la necesidad de coordinación, de compra de pasajes o de asignación de equipos policiales– en base a lo señalado en el artículo 21 de la CPR dichos trámites debían verificarse con las personas en libertad y nunca recluidos por todo ese lapso<sup>1528</sup>.

Una revisión de las acciones de reclamo basadas en el artículo 89 del DL 1.094 también nos ofrece aportes interesantes. En el caso rol N° 8518-2012<sup>1529</sup> la CS se refirió a los criterios de proporcionalidad de la medida de expulsión para acoger la acción incoada. Según el juzgador, esta medida era desproporcionada, pues no era posible afirmar que el accionante

---

con tal fin ante ellas. La Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999, indica en sus párrafos 14 y 15 que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento... explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

<sup>1524</sup> CS, *Candelo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1802-2013). En este caso la acción de amparo fue intentada por una ciudadana colombiana, tras su detención en dependencias de la Policía de Investigaciones.

<sup>1525</sup> CS, *Candelo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1802-2013) considerando 1°.

<sup>1526</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013).

<sup>1527</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 11°.

<sup>1528</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 11°.

<sup>1529</sup> CS, *Ladrón de Guevara con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 8518-2012). Esta acción se interpuso contra la medida de expulsión decretada por ingreso al territorio chileno con un permiso de residencia falso. El accionante había conformado una familia en el Chile y tenía un hijo de un año.

tenía pleno conocimiento de la trasgresión normativa que se le atribuía. Aunado a lo anterior, la CS sostuvo que el delito atribuido al accionante solo había sido cometido por una única vez y no de modo habitual. Por estas razones, según conclusiones del juzgador, la medida era desproporcionada, ya que “...el acto irregular que motivó la decisión no aparece como una trasgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, desde que se lleva a cabo en una sola oportunidad, con la simple pretensión de encontrar dentro del territorio nacional mejores expectativas de vida a través del desarrollo de actividades apegadas a la legalidad, lo que no devela una conducta permanente llevada a cabo con fines ilícitos”<sup>1530</sup>.

El caso rol N° 9075-2012<sup>1531</sup> presenta interesantes argumentos respecto del ejercicio de las facultades conferidas a la autoridad administrativa contenidas en el DL 1.094 bajo criterios de proporcionalidad. Nos referimos específicamente a aquellos preceptos legales en los que se han empleado conceptos jurídicos indeterminados. Sobre este tema ya habíamos señalado (véase, *Parte Segunda, capítulo III, 3.3. Del derecho al debido proceso*) que todas las infracciones -cuya comisión se traduce en la aplicación de sanciones- así como las causales para adoptar alguna medida que restrinja derechos fundamentales, requieren de un texto expreso en la ley. Este texto expreso debe definir tipos claros que no den margen a la interpretación de la autoridad de turno. Atendiendo a estas previsiones, la CS ha exigido que la autoridad –al dotar de contenido a tales preceptos– efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa, así como de las circunstancias que rodearon su comisión. Según la CS, la omisión de tal evaluación hace que la actuación del ente administrativo sea ilegal y arbitraria<sup>1532</sup>. Aquí se reitera el elemento de la proporcionalidad de la medida cuando se está

---

<sup>1530</sup> CS, *Ladrón de Guevara con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 8518-2012) considerando 6°: “Que, en ese contexto, no es posible soslayar el hecho que el extranjero alegó desconocer la falsedad de la visa contenida en su pasaporte, circunstancia que no es rebatida por ninguno de los antecedentes reunidos por la administración y que rolan en autos. La falta de certeza en torno a la conciencia de la falsedad de la visa -de parte del reclamante- permite sostener que la medida adoptada por la administración en contra del ciudadano cubano Juan Carlos Ladrón de Guevara Calderón es desproporcionada y no se ajusta al precepto que la sustenta, desde que no es posible afirmar que éste tenía pleno conocimiento de la trasgresión normativa que se le atribuye. Además, el acto irregular que motivó la decisión no aparece como una trasgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, desde que se lleva a cabo en una sola oportunidad, con la simple pretensión de encontrar dentro del territorio nacional mejores expectativas de vida a través del desarrollo de actividades apegadas a la legalidad, lo que no devela una conducta permanente llevada a cabo con fines ilícitos. Lo anterior lleva a concluir que la decisión que se reclama es desproporcionada en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción sancionada. Unido a ello, la circunstancia de que el órgano recurrido haya desistido de la acción penal respecto de estos mismos hechos”.

<sup>1531</sup> CS, *Espinola con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 9075-2012). En este caso se decretó la expulsión contra el accionante por haber ingresado a territorio nacional suplantando la identidad de su hermano. El accionante en sus alegatos refirió que había desarrollado vida laboral y familiar en el país.

<sup>1532</sup> CS, *Espinola con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 9075-2012) considerando 5°: “Que, el artículo 17 del Decreto Ley 1.094 consagra la facultad de la autoridad administrativa para disponer la expulsión del país de los ciudadanos extranjeros que incurran, entre otras, en las situaciones del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo, importando para la decisión del reclamo, aquella relativa a la ejecución de actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. Tratándose de una facultad, y que se ejerce, en el caso concreto, basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado. De no efectuarse tal evaluación, la actuación del ente administrativo deviene en ilegal y arbitraria”. Con similares argumentos: CS, *Guevara con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1413-2013).

frente a este tipo de nociones imprecisas contempladas en la legislación migratoria vigente. Similar criterio se observa en los pronunciamientos emitidos en el caso rol N° 4725-2014<sup>1533</sup>, en el que la CS sostuvo argumentos para acordar la desproporcionalidad de la medida de expulsión con fundamento en la entidad del delito, así como el tiempo transcurrido desde su comisión. En consecuencia, la referida corte señaló que debe otorgarse un contenido concreto por parte de la autoridad, cuando se trate de un concepto jurídico indeterminado”<sup>1534</sup>.

---

<sup>1533</sup> CS, *Tobar con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 4725-2014). Otros casos con criterios similares: CS, *Jing Li contra Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 9462-2014).

<sup>1534</sup> CS, *Tobar con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 4725-2014) considerando 3°: “Que el decreto impugnado N° 1318 de 22 de noviembre de 2011, se ampara en lo previsto en los artículos 15 N° 3, 67 inciso final, 84, 89 y 90 del Decreto Ley N° 1094, a consecuencia de haberse rechazado la solicitud de visa sujeta a contrato 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° 70242 de fs. 33, 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 fue condenado (sic) en su país de origen por el delito de tráfico de estupefacientes”. 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 once años. A ello se suma el hecho que a la fecha en que se cometió dicho ilícito, que según se informó, correspondió a un tráfico de marihuana, en nuestro país tal delito tenía asignada pena de simple delito, lo que habría hecho acreedora a la recurrente de una sanción menor y además, del beneficio de supresión de sus antecedentes delictuales. 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 no solo de antigua data, sino que además, carente de la entidad suficiente para confrontar derechos como la libertad personal y aquellos inherentes al núcleo familiar son desproporcionadas en relación con la naturaleza y gravedad 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”. Con similares criterios, véase CS, *Samuel Rojas Agudelo contra Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 24188-2014) considerando 3°: “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 el reclamante, porque no cumpliría “suficientemente” los requisitos señalados por la Ley de Extranjería, según se lee de la Resolución Exenta N° 79424 de fs. 26, 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 fue condenado en su país de origen a 36 meses de prisión por hurto calificado y agravado, lesiones y porte ilegal de arma”. 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 rechazo de la solicitud de visación y abandono del país respecto del solicitante, 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 por el cual cumplió la condena que le fuera impuesta, hace más de diez años, como se demuestra de los documentos agregados a fojas 27 y siguientes. 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 Rojas Delgado y,

Otros elementos han sido tomados en consideración para valorar la proporcionalidad de la medida de expulsión. Para la CS –según lo sostenido en el caso rol N° 9462-2014<sup>1535</sup>– en dicha valoración se debe tomar en consideración la actitud del accionante durante el desarrollo de la investigación, así como la entidad del delito. Esto último reviste de importancia a fin de verificar si tal delito constituye una trasgresión que afecta los intereses nacionales tutelados por la legislación migratoria. En el caso *in comento*, la CS observó que la accionante del reclamo tuvo una “actitud colaborativa con los órganos encargados de la persecución penal al reconocer los antecedentes que constan en la carpeta investigativa, accediendo al procedimiento abreviado en vez de un juicio oral, y que si bien el ilícito de que se trata consiste en el tráfico de estupefacientes, no recae en aquellas drogas más dañinas para la salud de la población, ni se comercializó a través de una compleja red delictiva. Así, el acto irregular que motivó la decisión, si bien es un ilícito, no aparece como una trasgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, puesto que no se devela en la actora una conducta permanente llevada a cabo con fines ilegítimos”<sup>1536</sup>. Para el juzgador, la continuidad o habitualidad de la conducta delictiva constituye un elemento que incide en la ponderación del decreto de expulsión.

Del caso rol N° 5229-2015<sup>1537</sup> se desprenden otras orientaciones respecto de las labores de ponderación que deben efectuarse por parte de la autoridad migratoria al momento de decretar una orden de expulsión. En esta oportunidad nos hemos de referir al voto de prevención efectuado por el ministro Sr. Dolmestch, en el aludido caso. Según su criterio, “...la decisión adoptada por la autoridad administrativa no cumple con el estándar de proporcionalidad que la gobierna. En efecto, estima que la condena penal en el rango de un simple delito y que ameritó su cumplimiento a través de una pena alternativa, y a su juicio no reviste la gravedad suficiente para justificar la gravosa medida de expulsión al confrontarla con el largo período de tiempo que el extranjero ha permanecido en el país sin reproche alguno –13 años de residencia

---

consecuencialmente, la orden de salida y posterior decreto de expulsión”; CS, *Nelson Cruz contra Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 2171-13).

<sup>1535</sup> CS, *Jing Li con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 9462-2014). En este caso se ordenó la expulsión de la accionante debido a una condena que pesaba contra ella por ser autora de tráfico de sustancias estupefacientes. No obstante, la accionante tenía permanencia definitiva en el país y había acreditado que participaba en una sociedad y era propietaria de dos inmuebles en territorio nacional.

<sup>1536</sup> CS, *Jing Li con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 9462-2014) considerando 5°: “Que, en ese contexto, no es posible soslayar que el hecho que se atribuye a la reclamante es un evento único, verificado dentro de un período de permanencia definitiva de casi diez años en territorio nacional sin reproche alguno. En ese sentido, es relevante tener presente que en el período indicado la ciudadana extranjera ha realizado labores lícitas dentro del país, actividades empresariales que se han enmarcado dentro de la legalidad. Por otro lado, y en relación con el ilícito por el que fue condenada la reclamante, importa tener presente que en su calidad de imputada tuvo una actitud colaborativa con los órganos encargados de la persecución penal al reconocer los antecedentes que constan en la carpeta investigativa, accediendo al procedimiento abreviado en vez de un juicio oral, y que si bien el ilícito de que se trata consiste en el tráfico de estupefacientes, no recae en aquellas drogas más dañinas para la salud de la población, ni se comercializó a través de una compleja red delictiva. Así, el acto irregular que motivó la decisión, si bien es un ilícito, no aparece como una trasgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, puesto que no se devela en la actora una conducta permanente llevada a cabo con fines ilegítimos”.

<sup>1537</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015). En este caso se acordó la expulsión contra el accionante por haber sido condenado por el delito de abuso sexual contra mayor de 14 años. Sin embargo, el accionante tenía más de 13 años de residencia definitiva en territorio chileno.

definitiva–, ejerciendo conforme a derecho una actividad provechosa para sus habitantes, y encontrándose plenamente inserto en la sociedad y en el ordenamiento jurídico...”<sup>1538</sup>.

La anterior revisión jurisprudencial acusa cierta recurrencia por parte de los tribunales de máxima instancia en Chile al empleo de términos relativos a la *proporcionalidad* de la medida, pero no se observa en el contenido de tales pronunciamientos un efectivo empleo de lo que se conoce en la doctrina como el *test de proporcionalidad* por parte del juzgador<sup>1539</sup>. No obstante, aunque estamos en presencia de nociones altamente dotadas de ambigüedad, tales criterios permiten ir construyendo los parámetros bajo los cuales pueden definirse los elementos que las precisen. En este sentido, mayor claridad se observa en las disposiciones contenidas en la directiva retorno. Ello es así porque en el referido texto normativo se prescribe el empleo –solo como último recurso– de las medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, por parte de los Estados miembros. Además, la referida normativa europea exige que tales medidas sean adoptadas de forma *proporcionada* y la fuerza ejercida no debe ir más allá de lo razonable, atendiendo a parámetros legales, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del inmigrante. La jurisprudencia emitida en este contexto también ofrece interesantes aporte sobre este tema, al precisar que no se debe adoptar sistemáticamente una decisión de retorno contra nacionales de terceros países en situación irregular. Por el contrario, los operadores de justicia tienen la obligación de considerar la situación personal y familiar del extranjero y las circunstancias que puedan impedir una orden de expulsión, con detenciones por el plazo mínimo necesario y nunca prolongada indefinidamente, en base a la aplicación del principio de proporcionalidad.

A continuación, la Tabla N° 30 presenta un resumen comparativo de los anteriores criterios jurisprudenciales para facilitar su lectura.

**Tabla N° 30.**  
**Resumen comparativo de criterios jurisprudenciales emitidos por las cortes chilenas y el TJUE**

Parámetros	Cortes chilenas	TJUE
Sanciones penales con motivo de la entrada o estancia irregular.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La entrada o estancia irregular en Chile es considerada como un delito (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• Debe verificarse la comisión del delito migratorio a los fines de proceder a</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se privilegia la expulsión antes que la aplicación de sanciones penales, ya que el trámite en jurisdicción penal por la</li> </ul>

<sup>1538</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015) prevención del ministro Sr. Dolmestch: “Se previene que el ministro Sr. Dolmestch, para acoger el reclamo tiene además presente, que la decisión adoptada por la autoridad administrativa no cumple con el estándar de proporcionalidad que la gobierna. En efecto, estima que la condena penal en el rango de un simple delito y que ameritó su cumplimiento a través de una pena alternativa, y a su juicio no reviste la gravedad suficiente para justificar la gravosa medida de expulsión al confrontarla con el largo período de tiempo que el extranjero ha permanecido en el país sin reproche alguno -13 años de residencia definitiva-, ejerciendo conforme a derecho una actividad provechosa para sus habitantes, y encontrándose plenamente inserto en la sociedad y en el ordenamiento jurídico, como se aprecia de la documentación aportada de fojas 1 a 122”.

<sup>1539</sup> Se efectúa un ejercicio de razonabilidad, pero no propiamente el *examen* de proporcionalidad. Según ALEXY (2002) pp. 13 y ss. este examen parte de la diferencia entre principios y reglas. Este examen se logra a través del juicio de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Sobre proporcionalidad en sentido estricto, también véase ALEXY (2010) 462 pp.

	<p>la expulsión (jurisprudencia que acoge el amparo).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se debe cumplir la pena impuesta por el delito como una <i>condición previa</i> al decreto de expulsión (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> <li>• La expulsión no es un acto ilegal o arbitrario que vulnera o amenaza la libertad personal, cuando no ha quedado controvertido el delito de <i>ingreso clandestino</i> (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> <li>• Se debe cumplir con los requisitos que supone la admisibilidad de la acción de amparo (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• El accionante debe acreditar el cambio de circunstancias respecto del ingreso clandestino, a fin de demostrar la arbitrariedad de la medida (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• Ante la valoración de un concepto jurídico indeterminado se exige atender las circunstancias personales y familiares de la recurrente (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> </ul>	<p>comisión del delito de estancia irregular solo implica un retraso en la expulsión.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se prohíbe aplicar la detención administrativa como si se tratase de una sanción penal para los casos de entrada o estancia irregular.</li> <li>• Cualquier medida de internamiento o pena de prisión impuesta en el marco de un procedimiento de retorno solo implicaría una demora de dicho procedimiento.</li> </ul>
<p>Sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las circunstancias familiares tienen preponderancia sobre las disposiciones migratorias (jurisprudencia que acoge el amparo). <ul style="list-style-type: none"> <li>• Las órdenes de expulsión y prohibición de entrada están ampliamente ajustadas a derecho cuando se derivan del ingreso clandestino (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• La reincidencia en el delito de la entrada clandestina es motivación suficiente para denegar la acción de amparo interpuesta. Pero esta debe ser ignorada dada la existencia de circunstancias que ameritaban su ponderación (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Estas sanciones penales sólo serán permisibles siempre que se haga de conformidad con los derechos fundamentales.</li> <li>• Estas sanciones penales criminalizan las infracciones administrativas y sobrecargan indebida al sistema de justicia penal.</li> </ul>



<p>Duración de la prohibición de entrada.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las prohibiciones de ingreso se ajustan a la legislación vigente si no se ha procedido a derogar previamente el decreto de expulsión (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• La acción de amparo no es el mecanismo idóneo para obtener la revocación de la orden de expulsión, sino otros recursos legales y administrativos (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• El hecho de dar cumplimiento a la medida de expulsión no extingue la prohibición de ingreso al territorio nacional, antes debe ser revocada la orden de expulsión (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> <li>• El incumplimiento en requisitos de ingreso al país justifica la restricción de la entrada (jurisprudencia que rechaza el amparo).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Su duración debe determinarse con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto.</li> <li>• Estas prohibiciones deben tener una duración determinada, en consideración a todas las circunstancias relevantes del caso individual.</li> </ul>
<p>Principio de proporcionalidad de a medida.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las restricciones a la libertad no pueden exceder la razonabilidad y proporcionalidad (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> <li>• Toda medida de privación de libertad, así como su prolongación- debe estar dotada de proporcionalidad, razonabilidad y juridicidad (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> <li>• La autoridad –al dotar de contenido a los preceptos legales indeterminados– debe efectuar una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa, así como de las circunstancias que rodearon su comisión (jurisprudencia que acoge el amparo).</li> <li>• Se emplean términos relativos a la proporcionalidad de la medida, pero no se observa un efectivo empleo –por parte del juez– de lo que se conoce en la doctrina como el <i>test de proporcionalidad</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se prescribe el empleo de medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión.</li> <li>• La fuerza ejercida no debe ir más allá de lo razonable, bajo parámetros legales, respetando la dignidad y la integridad física del inmigrante.</li> <li>• No se debe adoptar sistemáticamente una decisión de retorno, sino en base a la aplicación del principio de proporcionalidad.</li> </ul>

## 2. **Revisión de criterios jurisprudenciales emitidos en materia de detención y expulsión.**

Como ya lo adelantamos al inicio de la sección que antecede, en esta parte efectuaremos una revisión de los criterios jurisprudenciales emitidos respecto de la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes, la salvaguardia de la vida privada y familiar junto al resguardo del debido proceso en la detención y expulsión de inmigrantes. Para el desarrollo de la revisión jurisprudencial que a continuación presentamos, se ha recurrido a la base de datos empleada en la sección anterior<sup>1540</sup>. Sin embargo, debido a su gran extensión en número, se ha seleccionado una muestra representativa de los principales criterios jurisprudenciales, respecto de los derechos aquí analizados. Esta muestra representativa está orientada a aquellas sentencias cuyo aporte es significativo –a los fines aquí perseguidos– respecto del resto de las sentencias de la referida base de datos.

Se hace la aclaratoria que, a la selección anterior también se han adicionado las sentencias proporcionadas por el motor de búsquedas del sitio web del Poder Judicial contentivas de casos en los que se procedió a la detención administrativa de inmigrantes con fines de expulsión. Ello obedece la necesidad de revisar los criterios empleados por los tribunales de máxima instancia en Chile respecto de las controversias planteadas, no solo en materia de expulsión, sino de aquellas donde hubo procedimientos de detención de inmigrantes. En este orden de ideas, se han seleccionado fallos provenientes de la CS y cortes de apelaciones, relacionados con órdenes de expulsión dictadas contra extranjeros, residentes o transeúntes en Chile, cuya razón varía desde ingresos ilegales hasta la imputación de delitos. Esta base de datos abarca el período temporal desde 2009 hasta 2018.

### 2.1. **Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

Pese a las falencias de la normativa migratoria vigente, este derecho se encuentra reconocido en la CPR, lo que es tomado en consideración por las cortes chilenas al momento de emitir sus pronunciamientos. En Chile, la protección de este derecho está asociada a la afirmación de la dignidad humana como la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano. También se resguarda la integridad física con otro de los aspectos comprendidos en el artículo 19: la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. La prohibición de todo apremio ilegítimo, se trata de una prohibición que no admite excepciones, según lo preceptuado en el artículo 7 del texto constitucional chileno. Además, el TCCh ha señalado que el apremio es ilegítimo cuando es

---

<sup>1540</sup> Las sentencias comentadas en este apartado fueron seleccionadas de base de datos construida por Regina Ingrid Díaz Tolosa en proyecto Fondecyt Regular 2018-2020, N° 1181194, titulado “*Aporte de los tribunales de justicia a la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes*”, a partir de requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema, en el cual se solicita detalle con rol de las apelaciones de amparo en materia de migrantes, período de 10 años hasta marzo del año 2018 inclusive. Luego, la base de datos de amparos recibida contiene 7372 casos con sus respectivos roles, la cual fue depurada por la investigadora principal del mencionado proyecto a través de la consulta unificada de causas del Poder Judicial, ya que el sistema global no dispone de la posibilidad de obtener la información con detalle de materias por las cuales se interpone una apelación de recurso de amparo. Se previene que la muestra excluye aquellos amparos que no fueron elevados en apelación a la Corte Suprema.

injusto y atentatorio de los derechos fundamentales<sup>1541</sup>. Y la Ley N° 20.968 de 2016 ha introducido al Código Penal un tipo de tortura y un nuevo delito de apremios ilegítimos, para adecuar la legislación nacional chilena a los estándares internacionales en este tema.

Recordemos que en ámbito internacional destacan las previsiones de la CCT, que define en su artículo 1 la tortura<sup>1542</sup>. También lo hace la CADH en su artículo 2°<sup>1543</sup>. De estos instrumentos se desprende que se trata de un acto intencional en el que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, con la finalidad, cometido por un agente estatal<sup>1544</sup>. El derecho a la protección de la integridad física y psíquica tiene una especial vinculación al derecho a la salud. Y en este orden de ideas, el artículo 19 inciso 1° de la CPR dispone que “...la Constitución asegura a todas las personas: 1°. – El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, quedando recogidos de este modo, en un mismo precepto dos derechos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica, que si bien han de considerarse distintos guardan una cercanía teleológica evidente. Y a estos se encuentra también vinculado el derecho a la salud. Por su parte, el TCCh ha señalado que el derecho a la salud está vinculado a otros derechos esenciales como el derecho a la integridad física y psíquica<sup>1545</sup>. Tales afirmaciones nos permiten deducir su evidente vinculación. Sin embargo, el derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud tienen un reconocimiento diferenciado, encontrándose el segundo recogido en el artículo 19, N° 9 de la CPR, según el cual el Estado chileno protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. La norma constitucional, sólo resguarda el libre e igualitario acceso a las

---

<sup>1541</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2010, rol N° 1518-2009) considerando 11°.

<sup>1542</sup> CCT artículo 1: “...todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas” (la cursiva es nuestra).

<sup>1543</sup> CADH artículo 2 que reza: “...todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”, (la cursiva es nuestra).

<sup>1544</sup> Véase, NASH (2009).

<sup>1545</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol N° 976-2008) considerandos 22°-29°; TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -introducido por la Ley N° 20.015 que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud* (2009, rol N° 1218-08) considerandos 16°-32°; TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich, respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, en rol N° 7952-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2009, rol N° 1287-08) considerandos 16°-37°.

acciones de salud, además de establecer que el Estado tiene el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten por entes privados o públicos, pero la forma y condiciones en que se realiza la norma lo determinará la Ley<sup>1546</sup>. La Constitución de 1980 reconoció el derecho a la salud en el sentido amplio, tal como lo entendió la OMS. La protección de la salud garantizada por la CPR debe brindarse sobre bases igualitarias<sup>1547</sup>. Y ello se pretende asegurar a través de la Ley N° 19.966 de 2005.

Recordemos que Chile ha suscrito un variado conjunto de instrumentos internacionales concebidos para la protección del derecho a la integridad personal. No obstante, la nueva tipificación del delito de tortura introducida por esta Ley no contempla todas las conductas relativas a la noción de tortura especificadas en los instrumentos internacionales que rigen sobre la materia. Además, el actual proyecto también puede ocasionar problemas de interpretación y falta de certeza jurídica, situación que podría comportar un riesgo de impunidad ante actos constitutivos de tortura<sup>1548</sup>. Y, aunque Chile ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 2008, aún no cuenta con un mecanismo nacional de prevención –incumpliendo así con los requerimientos que se han estipulado en el referido Protocolo– aunque ello este en proyecto<sup>1549</sup>. Así, se ha puntualizado la necesidad de garantizar la autonomía funcional del mecanismo nacional de prevención, lo que debe reflejarse incluso en su organigrama<sup>1550</sup>. Por su parte, el CAT también se pronunció, recomendado al Estado chileno velar por que en la práctica ninguna persona pueda ser expulsada, devuelta o extraditada a otro Estado cuando existan razones fundadas para creer que correría el riesgo personal y previsible de ser sometida a tortura<sup>1551</sup>. Estas observaciones junto a las regulaciones chilenas sobre la protección de este derecho justifican una revisión de los pronunciamientos emitidos por la CS –respecto de las acciones de amparo. Aquí se observan interesantes aportes en relación con el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes durante la detención administrativa.

---

<sup>1546</sup> DRAGO (2006) p. 17.

<sup>1547</sup> VIVANCO (2015) p. 288.

<sup>1548</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/OP/CHL/1, Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, párr. 22 y 23, disponible en: <<https://undocs.org/es/CAT/OP/CHL/1>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1549</sup> Para más información, véase sitio web oficial de la CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Boletín Legislativo 11245-17, Designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, disponible en: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11755&prmBoletin=11245-17](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11755&prmBoletin=11245-17)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1550</sup> Así lo ha señalado el SPT en su visita a Chile celebrada del 4 al 13 de abril de 2016 también emitió interesantes pronunciamientos sobre este tema. Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/OP/CHL/1, Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, párr. 17, disponible en: <<https://undocs.org/es/CAT/OP/CHL/1>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1551</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS, *CAT/C/CHL/CO/6, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, 28 agosto 2018, párr. 42, disponible en: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskHNjYqFY2xlvG2nAe1%2BVfKXzPIT0XuyDC4Nqc%2FS%2Bldnif4Lhh6PE9%2F6fucWbDl8w75SgyFhru5dW%2F7Crbjz46qfJpOVKrL56vJClrcoJgE>>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

Uno de estos pronunciamientos se encuentra en el caso signado con el rol N° 351-2013<sup>1552</sup>, también como el caso *Cuartel Borgoño*. En este caso la CA de Santiago se refirió a la necesidad de proteger el derecho a la libertad personal del inmigrante en todas sus dimensiones, atendiendo a la especial vulnerabilidad que le caracteriza. En ese orden de ideas, la aludida corte ha precisado que, en base a lo preceptuado en los artículos 5 y 19 de la CPR el deber de respeto y promoción de los derechos humanos adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, quienes de momento carecen de redes de apoyo familiar y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio<sup>1553</sup>. Aquí no dejan de revestir de interés los criterios emitidos por la Corte IDH. Hemos de repasarlos a continuación ya que nos pueden servir de complemento. Ello tomando en cuenta los diferentes convenios del SIDH que ha suscrito Chile en materia de derechos humanos y que, por ende, resultan orientadores. La Corte IDH no ha quedado al margen en lo que se refiere a la interpretación y demás connotaciones del derecho a la integridad personal. Así, esta corte ha referido que su infracción es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad.

Del fallo en cuestión también se extrae criterios relevantes respecto de las condiciones mínimas que deben regir durante la detención administrativa, específicamente en lo que atañe a las condiciones de los centros de detención. En este sentido, la CA ha precisado que los recintos policiales en los cuales fueron reclusos los accionantes, no estaban habilitados para una detención de larga duración, sino para aquellas transitorias mientras se tramitaba la expulsión. En este contexto, la CS se ha referido a la detención y su duración junto a los parámetros legales que regulan estas privaciones de libertad, con fundamento a lo contemplado en el artículo 90 del DL 1094 y artículo 176 del Reglamento de extranjería<sup>1554</sup>. Para ello, es oportuno señalar que los accionantes –del caso aquí comentado– fueron privados de su libertad en las dependencias del Cuartel Policial de calle General Borgoño 1204, de la Policía de Investigaciones de Chile. Esto reviste de interés porque el recinto al que se hace referencia en el mencionado fallo correspondía a una *serie de celdas dotadas de acondicionamientos mínimos* y que, conforme pudo verificarse por el tribunal, estaban exclusivamente destinadas para la mantención provisional de personas privadas de libertad, esto es, para los *detenidos en tránsito*. Expresado, en otros términos, la CA ha precisado que

---

<sup>1552</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013). En este asunto se acordó la detención del inmigrante a los fines de materializar la expulsión. Se interpuso la acción de amparo constitucional motivado por la privación de libertad ilegal ejecutada contra 18 personas, todos de nacionalidad extranjera, quienes permanecían reclusos en las dependencias de la Policía de Investigaciones de Chile, conocidas como el *Cuartel Borgoño* en espera de la materialización de la medida de expulsión, en virtud del artículo 176 del Reglamento. Los accionantes adujeron que tales detenciones eran de carácter indefinido, sin control de ninguna autoridad judicial y cuyo despliegue se efectuó bajo condiciones *complicadas*. En este sentido, se solicitó a la CA de Santiago la inmediata libertad de dichas personas. En base a la referida solicitud, la CA dispuso la constitución del tribunal en las dependencias del aludido cuartel policial y de esta forma constató la ilegalidad de la privación de libertad de los amparados. También ordenó a la Policía de Investigaciones poner en libertad a los inmigrantes, sin perjuicio de los efectos disciplinarios a los que hubiere lugar para con la Policía de Investigaciones.

<sup>1553</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 3°.

<sup>1554</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 8°.

el referido recinto no estaba diseñado ni contaba con las condiciones elementales para privaciones prolongadas de libertad<sup>1555</sup>.

De igual modo, de sus consideraciones se deduce la necesidad de que los detenidos cuenten con el espacio mínimo de las celdas que permitan su movilidad e impida el hacinamiento, junto a la necesidad de contar con camas para dormir, acceso a salas sanitarias y el aseo personal. En el caso *Cuartel Borgoño*, la CS también sostuvo que es necesario que los detenidos cuenten con salidas periódicas al aire libre, así como la iluminación adecuada y ventilación de los centros de detención. A criterio del tribunal, el no asegurar tales condiciones mínimas durante la privación de libertad es del todo indigna para cualquier persona, tratándose de irregularidades que no pueden ser toleradas<sup>1556</sup>. En estos casos se deja en evidencia una vez más la opacidad reinante respecto de los centros destinados a la detención de inmigrantes y sus falencias respecto de sus condiciones para ofrecer un trato humanamente digno al detenido. Sin embargo, recientemente se ha puesto en funcionamiento una serie de *modernos* cuarteles, ubicados en diferentes zonas del territorio chileno, y destinados a la detención administrativa de inmigrantes con fines de expulsión<sup>1557</sup>. Sin embargo, la falta de acceso a la información oficial respecto de estos recintos y su funcionamiento no nos permite emitir observaciones que desvirtúen la opacidad con la que se suele describir a estos centros de detención.

Por su parte, el caso signado con el rol N° 866-2011<sup>1558</sup> también ofrece algunos aportes de interés. Este caso también es conocido como el *Caso Salinas y Vázquez*. Si bien en este fallo la CS no hace ninguna alusión a las condiciones mínimas de la detención –como sí lo hizo respecto del caso *Cuartel Borgoño*– dado que en el *Caso Salinas y Vázquez* también se reclamó respecto de la detención administrativa cuya duración se extendió por más de 24 horas, en un cuartel policial, bien podría deducirse que los detenidos también estaban en condiciones de *hacinamiento, imposibilitados de salir al aire libre, en lugares con falta de iluminación y durmiendo en el suelo*, ya que como lo aseveraba la sentencia emitida en el caso *Cuartel Borgoño*, tales dependencias policiales no estaban –ni están actualmente– habilitadas para la detención prolongada, salvo que estas sean de corta duración mientras se tramita la expulsión. Sin embargo, la CS no emitió ningún pronunciamiento al respecto, adoptando una posición de *tibieza* respecto del tema y limitándose solo a emitir pronunciamientos de índole procesal.

---

<sup>1555</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 6°.

<sup>1556</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 10°.

<sup>1557</sup> FUENTEALBA (2016) pp. 4-7.

<sup>1558</sup> CS, *Salina y otros con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 866-2011). En este caso, dos ciudadanos peruanos fueron detenidos el 6 de enero de 2011 por la autoridad administrativa. Sin embargo, la referida privación de libertad con fines de expulsión se extendió en duración, lo que motivó la interposición del *hábeas corpus*. El tiempo de detención se había extendido por nueve días. La CS se pronunció respecto de la procedencia de la referida acción del amparo, aduciendo que, en el caso aquí revisado, se trataba de una detención que se extendió injustificadamente en un cuartel policial. Cfr. CS, *Salina y otros contra Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 866-2011) considerando 4°: “Que el recurso de amparo está concebido para proteger la libertad personal y la seguridad individual de las personas que se vean afectadas por un acto de la Autoridad sin facultades para disponerlo y fuera de los casos previstos por la ley; situación que a juicio de estos sentenciadores se presenta en la especie, puesto que como se ha explicado, se extendió injustificadamente el período de detención en un cuartel policial de dos personas extranjeras respecto de quienes se había dispuesto su expulsión del país”.

Así mismo, en el caso *Cuartel Borgoño* se hace referencia a la inhabilitación de dichos centros de detención para retener a los inmigrantes por largos periodos de tiempo. La CA se ha referido al deber de proceder a la expulsión con prontitud, lo cual no debe exceder de 24 horas según lo contemplado en el artículo 90 del DL 1.094 y el artículo 176 del Reglamento de Extranjería<sup>1559</sup>. En este orden de ideas, la privación de libertad no puede extenderse de este plazo por tener un carácter estrictamente *funcional o instrumental* a dicha medida de expulsión. Se trata de un término perentorio que la ley ha señalado para llevar a cabo la expulsión, ya que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional pues importa la afectación de un derecho fundamental<sup>1560</sup>. Lo más resaltante en esta sección del fallo es la alusión expresa que efectúa la CA a la necesidad de entender que las medidas de privación de libertad deben ajustarse al tiempo mínimamente posible. Según la CA, esta concepción es lo que dota de sentido y de eficacia los mecanismos protectores del derecho fundamental, como lo es en este caso la acción de amparo incoada.

Cabe destacar que la sentencia del caso *Cuartel Borgoño* fue confirmada por la CS el 25 de marzo de 2013 bajo el rol N° 1651-2013. Sin embargo, respecto de la responsabilidad y demás sanciones aplicables a la Policía de Investigación respecto de sus actuaciones, en la referida sentencia de alzada y con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Pfeiffer, estos ministros señalaron que, en caso alguno significa que éstos hayan actuado conscientes y con la intención positiva de trasgredir la ley, como supone la denuncia criminal ordenada<sup>1561</sup>. También agrego que tales denuncias eran del todo improcedentes, entendida como una sanción pública injusta e inmerecida para la Policía de Investigaciones de Chile<sup>1562</sup>. Se observa –en este criterio– una posición un tanto reacia a la atribución de responsabilidad hacia aquellos funcionarios que están llamados por la norma constitucional y demás leyes a garantizar –en el cumplimiento de sus funciones– el resguardo de los derechos fundamentales del inmigrante. No obstante, un aspecto positivo de esta sentencia se observa en la suscripción de un protocolo por parte del Ministerio del Interior y la Policía de Investigaciones, de fecha 28 de marzo de 2013. Este protocolo regula los procedimientos de expulsión de aquellas personas que se encuentran en condición de ilegal o en una situación irregular en territorio chileno, a efectos de respetar los plazos de retención que deben cumplir

<sup>1559</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 7°.

<sup>1560</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 10°.

<sup>1561</sup> CS, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1651-2013) considerando 1°: “Para así resolver tuvieron presente que, a su juicio, y aplicando un necesario criterio de realidad, tanto la denuncia al Ministerio Público como la comunicación a las autoridades administrativas señaladas, son del todo improcedentes y constituyen una sanción pública injusta e inmerecida para la Policía de Investigaciones de Chile. Lo anterior porque ésta, interpretando las normas pertinentes relativas al cumplimiento de los decretos del Ministerio del Interior que disponen la expulsión de extranjeros y que le corresponde ejecutar, lo cual se ha traducido en protocolos y procedimientos utilizados por años y aún vigentes, considerando los medios y facultades a su alcance, les han parecido correctos y conformes con la ley. Si ahora, la jurisdicción, requerida legalmente para actuar, como debe hacerse y como sucedió en este caso, decide que en la especie existe colisión de normas no derogadas expresamente, que afectan derechos fundamentales, por lo que el proceder policial resultaría contrario a la ley, ordenando la libertad inmediata de los afectados, ello representa una situación nueva que debe cumplirse, pero en caso alguno significa que éstos hayan actuado conscientes y con la intención positiva de trasgredir la ley, como supone la denuncia criminal ordenada, colocándolos, institucionalmente, en la extrema situación de ser investigados por el órgano persecutor penal. Lo mismo es válido para la comunicación ordenada y por la cual se dispone a establecer eventuales responsabilidades administrativas y disciplinarias”.

<sup>1562</sup> CS, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1651-2013) considerando 1°.

las personas con decreto de expulsión del país y con procedimientos, a través de los cuales estas expulsiones se deben llevar a cabo y las medidas y condiciones con las cuales estas personas deben esperar el procedimiento administrativo.

Respecto de la acción de amparo intentada bajo el rol N° 1802-2013 la CS también se refirió a las condiciones *indignas* de la detención tras ciertas consideraciones y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 21 de la CPR <sup>1563</sup>. Según adujo el referido tribunal, estas condiciones de privación de libertad impidieron a la reclamante, hacer uso de su derecho al reclamo y no cumplían con los requisitos mínimos. En el caso aquí reseñado la privación de libertad de la amparada también tuvo una duración muy extensa –entre el 20 de enero y el 14 de marzo de 2013–, bajo condiciones materiales muy limitadas e indignas, lo que deja en evidencia que la detención no cumplió con los requisitos señalados en el DL 1094 y el Reglamento de Extranjería<sup>1564</sup>. Sin embargo, de la redacción del fallo aquí comentado se observa cierta ambigüedad por parte de la CS respecto de las referidas *condiciones materiales e indignas* a las que se refiere el juzgador. Ello es así porque el juzgador no se detuvo en mayores explicaciones al respecto, lo que hubiese sido deseable en aras de precisar detalles relativos al estándar mínimo exigible para tales condiciones de privación de libertad.

La CorteIDH también se ha pronunciado respecto de las condiciones mínimas de los centros de detención. Sus criterios constituyen interesantes aportes que podrían ser observados por las cortes chilenas en sus pronunciamientos. Este órgano ha señalado que las condiciones generales de estos establecimientos destinados a la detención administrativa de inmigrantes deben ser compatibles con la dignidad personal. Además, es deber del Estado que se garanticen tales condiciones. Por ello, mantener a una persona detenida en estado de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. En este orden de ideas, los detenidos deben disponer de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza, por lo que, los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas. También ha señalado que las personas migrantes bajo detención administrativa debido a su estatus migratorio deben cumplir las medidas de seguridad en recintos separados de las personas condenadas o procesadas, con el objeto de que la detención no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes. Asimismo, los detenidos deben tener acceso a la comunicación, ya que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano. Tales tratos pueden generar una situación de extremo sufrimiento para el detenido.

En los criterios jurisprudenciales emitidos por las cortes chilenas no se observan pronunciamientos respecto del derecho a la salud del inmigrante, pero los criterios de la Corte

---

<sup>1563</sup> CS, *Candelo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1802-2013) considerando 2°: “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 alzada”.

<sup>1564</sup> CS, *Candelo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1802-2013) considerando 2°.



IDH resultan interesantes para salvaguardar el derecho a la salud humana por su íntima vinculación con el derecho a la integridad personal. Según este órgano jurisdiccional, se debe garantizar la atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los detenidos. Esta atención médica debe ser brindada con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención, y junto con el tratamiento, ambos serán gratuitos y sin discriminación por su condición migratoria. También se ha pronunciado respecto del principio de *no devolución*. La Corte IDH resaltó que en el SIDH está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal.

Para facilitar el repaso de estos criterios, se exhorta al lector a revisar una versión resumida de estos en la Tabla N° 31. Esta se encuentra a continuación.

**TABLA N° 31.**

**Criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia chilenos sobre el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes**

Objeto de protección	Disposiciones aplicables	Criterios jurisprudenciales
Dignidad e integridad personal: Condiciones mínimas (habitabilidad y permanencia) de los Centros de internamiento. Deber de desplegar detención en recintos separados de reos comunes.	Artículos 1, 5, 19.7 de la CPR; Artículo 90 del DL 1.094; artículo 176 del Reglamento de Extranjería.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El deber de respeto y promoción de los derechos humanos adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, quienes de momento carecen de redes de apoyo familiar y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio.</li> <li>• Los centros de detención deben estar diseñados y contar con las condiciones elementales para privaciones prolongadas de libertad.</li> <li>• El lapso máximo de detención es un término perentorio que la ley ha señalado para llevar a cabo la expulsión, ya que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional pues importa la afectación de un derecho fundamental.</li> </ul>
Derecho a la salud: Asistencia médica y necesaria atención del detenido.	Según expedientes revisados: no hubo pronunciamientos.	No se observaron pronunciamientos.

Principio de <i>no devolución</i> .	Según expedientes revisados: no hubo pronunciamientos.	No se observaron pronunciamientos.
-------------------------------------	--	------------------------------------

Otra contribución a los criterios anteriores se puede extraer de las disposiciones jurisprudenciales emitidas en el ámbito de la UE. Tengamos presente que la directiva retorno prevé que la detención de inmigrantes con fines de retorno/expulsión debe ejecutarse en centros especializados y no en prisiones comunes. Y no obstante estas prohibiciones –en relación con estos requerimientos– el artículo 16, apartado 1 de la referida normativa señala que en aquellos casos en los que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, el inmigrante deberá estar separado de los presos ordinarios. Es importante observar que dicha excepción debe ser interpretada de manera restrictiva. Ello ha sido también ratificado por la jurisprudencia del TJUE, abundando en el tema al indicar que la ausencia de centros de internamiento especiales en una región de un Estado –pero que existen en otra parte del Estado– no puede justificar la estancia en una prisión ordinaria.

Por otra parte, aunque son escasos los criterios emitidos por los tribunales de máxima instancia chilenos respecto de la satisfacción de necesidades básicas de los inmigrantes detenidos en cuanto al resguardo de la salud<sup>1565</sup>; se puede extraer –como un aporte enriquecedor en su vertiente *pro homine*– el criterio emitido al respecto por el TJUE según el cual los Estados están obligados a cubrir también otras necesidades básicas para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período de la detención previa a la expulsión, a fin de asegurar una protección eficaz de sus intereses y en especial una repatriación en condiciones humanas y dignas.

Por su parte, el TEDH ha asentado las bases de las condiciones de vida de las personas que permanecen internadas a la espera de ser expulsadas. Estos pronunciamientos revisten un carácter orientador de interés, si entendemos que la aplicación del derecho de la UE también exige una revisión de las previsiones del SEDH, así como su interpretación por parte del TEDH. Según el TEDH, las condiciones de la privación de libertad deben ser dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. Incluso la detención en zonas de tránsito durante un tiempo sin que nadie les garantice condiciones mínimas implica un grave sufrimiento psicológico contra el inmigrante y un atentado a su dignidad. También ha señalado que se debe evitar la superpoblación de los centros, las condiciones de habitabilidad de las celdas como falta de luz o falta de ventilación, las insuficientes condiciones higiénicas de las instalaciones, comida insuficiente y preparada en condiciones antihigiénicas, WC y ducha combinados sin agua caliente, falta de acceso a espacios de recreación, falta de asistencia médica de emergencia y especializada pertinente, deterioro excesivo de la salud física y mental de la persona privada de la libertad y exposición a dolor severo o prolongado a

<sup>1565</sup> Solo se observan en el caso del Cuartel Borgoño. Véase, CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013).

consecuencia de la falta de atención médica oportuna y diligente. Estas condiciones constituyen un tratamiento inhumano o degradante para la persona privada de la libertad. También ha añadido que es deber del Estado el investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares, deber que solo se limita a las acciones cometidas dentro de su jurisdicción.

Asimismo, el TEDH se ha pronunciado respecto de la posibilidad de alegar circunstancias excepcionales por parte de los Estados para eximirse del cumplimiento de lo contemplado por el artículo 3 del CEDH. En este contexto, los factores asociados a un aumento en la creciente afluencia de migrantes no pueden eximir a los Estados de sus obligaciones de garantizar que todas las personas privadas de libertad se encontraban en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana.

Respecto de las condiciones en la detención de menores no acompañados y mujeres migrantes detenidas ha señalado que no se puede ignorar los graves efectos psicológicos que la detención en tales condiciones tendría sobre estos grupos vulnerables. La extrema vulnerabilidad de un niño era una consideración primordial que tiene prioridad sobre su estatus de extranjero ilegal. El TEDH ha determinado que la protección contemplada en el artículo 19 del CEDH también se aplica cuando el riesgo de sufrir tortura o malos tratos provenga de grupos particulares.

## 2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.

Pese a las dificultades que existen para definir con precisión lo que debe entenderse por familia, la CPR le contempla como el núcleo de la sociedad en su artículo 1, inciso 2°. A su vez, en su inciso final, consagra el deber del Estado de propender a su fortalecimiento, al igual que los diversos pactos internacionales suscritos por Chile. Dado que el artículo 19 de la CPR no es taxativo, ello implica que se le reconoce como derecho fundamental porque así lo estipula el conjunto de instrumentos internacionales ratificados por Chile<sup>1566</sup>. No obstante, las mutaciones de lo que debe entenderse por familia se observa en lo que regula la Ley N° 19.947 de 2004, en su artículo 1, inciso 2. Este precepto reconoce expresamente la existencia de otras familias<sup>1567</sup>, entendida como una unidad cambiante. Y tales criterios también deben ser extensivos a las familias de los inmigrantes. El artículo 19 N° 4 de la CPR alude a la vida privada de la persona y al derecho a la vida familiar de forma conjunta. Así, mientras que el artículo 19.4 de la CPR asegura el *respeto y la protección a la vida privada de la persona y de su familia*, seguidamente el artículo 19 N° 5 se refiere a la *inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada*. Muy relacionado con la protección del derecho a la vida familiar se encuentra la protección del interés superior del niño, por la incidencia que tiene su protección en el núcleo familiar. En la CPR encontramos normas que indirectamente se vinculan con la adecuada protección de los niños y sus derechos, pero en su texto no se emplea directamente el término *interés superior del niño, niña o adolescente*.

El derecho a la vida privada y familiar junto a su salvaguarda en los casos de detención y expulsión de inmigrantes también se encuentra recogido en diferentes instrumentos internacionales que han sido debidamente suscritos por Chile. El artículo 9.1 de la CDN,

<sup>1566</sup> DÍAZ (2012) pp. 274, 289.

<sup>1567</sup> “La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.” (Ley N° 19.947, de 2004).

contiene provisiones relativas al derecho de los niños a no ser separados de sus padres. Por su parte, el CDESC en el 2015 había señalado la persistente discriminación contra migrantes y solicitantes de asilo y refugiados, entre otros grupos también vulnerados por esta discriminación, particularmente en los ámbitos laboral y educativo, así como en el acceso a servicios de salud<sup>1568</sup>. Y el CEDAW ha recomendado que el Estado chileno adopte una estrategia integral dirigida a superar la cultura machista y los estereotipos discriminatorios sobre las funciones y las responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad, recomendado que esta estrategia aborde las formas concomitantes de discriminación contra las mujeres, incluidas las mujeres migrantes<sup>1569</sup>. El CEDAW ha reconocido como un avance positivo que se haya concedido visados temporales a niños y adolescentes en el marco del programa *Chile Te Recibe*, independientemente de la situación migratoria de sus progenitores, pero el CDN ha referido que en Chile persiste la práctica de actitudes y prácticas discriminatorias con respecto a los niños inmigrantes<sup>1570</sup>. A fin de entender el alcance y aplicación de todas las anteriores provisiones, se amerita una revisión de los criterios interpretativos emitidos por las cortes chilenas.

Ante las reclamaciones instauradas contra las decisiones de expulsiones, la respuesta de las máximas cortes chilenas había sido dispar. En ocasiones, con el solo mérito de las atribuciones de competencias a favor de la autoridad administrativa, realizada por el legislador, había sido suficiente para descartar la eventual arbitrariedad de la decisión adoptada<sup>1571</sup>. Sin embargo, en los últimos años se ha observado un cambio de criterio por parte de los tribunales de máxima instancia en Chile, al acoger un número importante de acciones; ello motivado –entre otros argumentos– al hecho de que la familia es un elemento que debe ponderar la administración al resolver la permanencia o expulsión. De este modo, estos argumentos han sido rechazados en reiteradas ocasiones, concediendo preponderancia a los vínculos de familia, los que deben ser debidamente apreciados y no pueden ser conculcados sobre la base de un ejercicio discrecional de facultades<sup>1572</sup>. Vínculos familiares como el matrimonio<sup>1573</sup>, el concubinato<sup>1574</sup>, las uniones de hecho<sup>1575</sup>, si como la existencia

<sup>1568</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS (2015), *E/C.12/CHL/CO/4, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, párr. 12, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1569</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS (2018), *CEDAW/C/CHL/CO/7, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*, párr. 21, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1570</sup> Para más información, véase sitio web oficial de NACIONES UNIDAS (2015), *CRC/C/CHL/CO/4-5, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, párr. 24, disponible en: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>, fecha de consulta: 22 junio 2019.

<sup>1571</sup> MONDACA (2017) p. 573.

<sup>1572</sup> MONDACA (2017) p. 573.

<sup>1573</sup> Véase, CS, *Serra con Policía de Investigaciones* (2010, rol N° 3867-2010); CS, *Tamayo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 2174-13); CS, *Parra y otros con Policía de Investigaciones* (2016, rol N° 6414-2016); y, CS, *Monedero con Policía de Investigaciones* (2017, rol N° 9317-2017).

<sup>1574</sup> CS, *Sánchez contra Policía de Investigaciones* (2016, rol N° 1727-2016).

<sup>1575</sup> Véase, CS, *Torres con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 12356-2015); CS, *Carvajal con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 981-2011); CS, *Castro con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 7018-2012); CS, *Loyola con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 66-2013); CS, *Bravo con Policía de Investigaciones*

de un verdadero vínculo afectivo, concretado en un contacto periódico y estable entre padre e hijo<sup>1576</sup>, adquieren una connotación relevante al momento de decidir las acciones de amparo incoadas. Estos cambios en los criterios a favor de la protección del núcleo familiar justifican la siguiente una revisión de los criterios más destacados de estas cortes.

Uno de estos criterios relevantes lo encontramos en el caso rol N° 136-2017<sup>1577</sup>. En el referido caso, la CA de Iquique privilegió el vínculo familiar en atención a las circunstancias personales de la recurrente. A esta conclusión llegó en base a lo regulado en 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN, y el artículo 1 de la CPR, tras estimar que la imposición de la medida de expulsión decretada en contra de la accionante vulneraría la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como el interés superior del niño. También sostuvo que, de mantenerse y cumplirse la expulsión se vulnerará el principio protector de la infancia, afectándose de paso sus identidades, e infringiéndose las disposiciones constitucionales respecto de la familia como núcleo de la sociedad<sup>1578</sup>. En este mismo sentido se pronunció la CS respecto de la protección del interés superior del niño en los casos de separación con ocasión de la medida de expulsión. En el caso con rol N° 66-2013, la referida corte sostuvo que no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, ya que con dicha medida de expulsión ciertamente se lesionaría el interés superior del menor<sup>1579</sup>.

Los anteriores criterios jurisprudenciales han sido reiterados por los referidos tribunales de máxima instancia. Si bien de su lectura se observa una argumentación que se repite en la mayoría de los casos por parte del operador de justicia, también se incluyen las siguientes razones : a) la imposibilidad –por parte de los Estados que son parte en la CDN– de propender a la separación física de los padres en relación a sus hijos<sup>1580</sup>, b) el acto de

---

(2013, rol N° 10769-2013); CS, *Solís con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 6366-2013); CS, *Cruz con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 6649-2013); CS, *Muñoz con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 9081-2014); CS, *Olaechea con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10836-14); CS, *Angulo con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 9051-2015); CS, *Torres con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 12356-2015); y, CS, *Lorenzo con Policía de Investigaciones* (2016, rol N° 17127-2016).

<sup>1576</sup> CS, *Silva con Policía de Investigaciones contra Policía de Investigaciones* (2017, rol N° 8080-2017) considerando 3°. Este reza: “Que, si bien es cierto el amparado [...] tiene un hijo chileno, según aparece de lo informado por el Tribunal del Familia de Iquique, el año 2015 se le entregó el cuidado personal del menor a la madre y el amparado no tiene relación directa y regular con aquél”. Este mismo caso, CS, *Silva con Policía de Investigaciones* (2017, rol N° 8080-2017) considerando 4°, añade: “Que, en consecuencia, no aparece que los amparados tengan arraigo laboral, social o familiar que acrediten la existencia de un vínculo con nuestro país”.

<sup>1577</sup> CA de Iquique, *Palta contra Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017, rol N° 139-2016). En 2017 se había decretado la expulsión de la accionante, tras su condena por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Sin embargo, la pena atribuible a la comisión de ese delito ya había sido cumplida por la accionante. Esta última interpuso el recurso de amparo ante la CA de Iquique, que acogió el recurso deducido por considerar infundada e ilegal la medida de expulsión, además de carecer de la habitualidad que la causal invocada requiere para que a una migrante se le decrete la expulsión del territorio nacional.

<sup>1578</sup> CA de Iquique, *Palta con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017, rol N° 139-2016) considerando 4°.

<sup>1579</sup> CS, *Salina y otros con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 866-2011) considerando 6°.

<sup>1580</sup> CA de Arica, *Pérez con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2017, rol N° 196-2017) considerando 10°. Los hechos de este caso se resumen así: en 2009 se decretó la expulsión de la accionante, tras haber sido condenada por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en calidad de autora. Sin embargo, la pena atribuible a la comisión de ese delito ya había sido cumplida por la accionante, quien además para el momento de los hechos demostró que tenía familia constituida en Chile y estabilidad económica. La accionante interpuso el recurso de amparo ante la CA de Iquique, y mediante sentencia de 2017 se acogió el recurso deducido por considerarse infundada la causal invocada para decretar la expulsión del territorio nacional.

expulsión constituye una amenaza cierta de la libertad ambulatoria de los familiares del expulsado, con fundamento en artículo 17.1 de la CADH y artículo 2 de la CDN<sup>1581</sup>; c) la expulsión deviene en desproporcionada<sup>1582</sup>; d) la expulsión no puede ejecutarse mientras el

---

<sup>1581</sup> CA de Santiago, *Salazar y otros contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, Jefatura de Extranjería y Policía Internacional de Investigaciones* (2013, rol N° 550-2013) considerando 11°. En agosto de 2001 se decretó la expulsión de una familia completa del territorio nacional, debido a que el padre de dicha familia había sido condenado por la ley de drogas, por prescribir especies estupefacientes. Sin embargo, la condena por la comisión de ese delito ya había cumplida para el momento de la expulsión y el accionante había constituido familia en Chile.

<sup>1582</sup> CS, *Tamayo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 2174-13) considerando 3°: “Que cabe sumar a ello las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una familia de origen colombiano, que conforme con los antecedentes acompañados al recurso tiene cédula de identidad otorgada por el Estado chileno, estando su cónyuge inserta en el mercado laboral y contando con visa sujeta a contrato ella y sus dos hijas, de 14 y 8 años. En ese contexto, la ejecución de la orden de abandono del país a que es compelido el amparado bajo advertencia de disponerse su expulsión, conforme consta del documento de fs. 24, es desproporcionada e importa una trasgresión del criterio interés superior del niño, en la especie, en relación con las menores Erika y Linda Tamayo Castaño porque implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”. En este caso el accionante tenía interés de obtener una visa que le permitiese desarrollar una actividad económica para sustentar a su familia. Asimismo, había ingresado de manera legal al país y no estaba sujeto a persecución por alguna condena pendiente. También tenía una familia constituida en Chile, entre ella hijos menores de edad. No obstante, la autoridad competente le negó el acceso a esa visa y ordeno su abandono voluntario del país. Con similar criterio, véase: CS, *Huerta con Ministerio del Interior* (2015, rol N° 2309-15); CS, *Huancas contra Ministerio del Interior, Subsecretario del Interior, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2013, rol N° 3057-13) considerando 7°: “Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas, y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, son motivos suficientes para revocar el fallo apelado”; CS, *Arcilla con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2013, rol N° 3436-2013) considerando 4°: “Que cabe sumar a ello las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una familia, sus hijos van al colegio y la madre de ellos se encuentra vecindada en el país.

En ese contexto, la ejecución de la orden de su expulsión, conforme consta del documento de fs. 2, es desproporcionada en sus propios términos y a mayor abundamiento importa una trasgresión al criterio sobre interés superior del niño, en la especie, en relación con los menores Heinsen y Mailin Arcila Montoya porque implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”; CS, *Díaz con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015, rol N° 3694-2015) considerando 6°: “Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quien tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior del menor, pues implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”. Con similares criterios: CS, *González con Intendencia Regional del Maule* (2017, rol N° 8397-17, considerando 4°; CS, *Jaramillo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017, rol N° 12208-2017) considerando 5°; CS, *Morales con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017, rol N° 30361-2017) considerando 6°; CS, *Álvarez con Ministerio del Interior* (2016, rol N° 190-2016)

inmigrante afectado por dicha medida tenga obligación de cumplir con la obligación alimenticia<sup>1583</sup>; e) el deber de considerar la situación de dependencia de los miembros de la familia respecto del expulsado<sup>1584</sup>; f) la separación del núcleo familiar con motivo de la expulsión merma el pleno desarrollo emocional y social, debido a la eventual interrupción de su etapa escolar del niño, con fundamento en el artículo 1 de la CPR y artículos 3 y 9 de la CDN<sup>1585</sup>, entre otros aspectos. Así, queda en evidencia que el objetivo perseguido no es otro que el de asegurar la protección del interés superior del niño, junto a la protección de la infancia y el resguardo de los derechos a la vida familiar del niño, niña o adolescente con nacionalidad chilena la que constituye el fundamento para la suspensión de estas órdenes de expulsión.

Resulta innegable que, bajo los señalamientos anteriores, las cortes de máxima instancia en Chile han dejado en evidencia el grave impacto que acarrea la expulsión para el ámbito familiar. Ello porque estas medidas administrativas constituyen la máxima sanción que se le puede imponer a una persona migrante, ya que trae aparejada la ruptura de vínculos familiares, de años de arraigo y de un proyecto de vida en el país<sup>1586</sup>. Para acoger las acciones de amparo, los tribunales de máxima instancia chilenos han exigido acertadamente que el vínculo de familia alegado posea un correlato en la realidad —el que deberá ser aprobado por el inmigrante— siendo un factor decisivo la existencia o ausencia de un auténtico arraigo familiar del amparado<sup>1587</sup>. Pero la existencia de nexos familiares no los convierte en obstáculos insalvables para efectos de expulsar a un extranjero que ha cometido infracciones particularmente repudiabiles, porque de lo contrario, bastaría con alegar y probar un arraigo

---

considerando 7°; CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-15) considerando 4°; CS, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015, rol N° 12356-15) considerando 4°.

<sup>1583</sup> CS, *Salcedo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015, rol N° 3695-2015) considerando 2°: “Que, sin embargo, como se advierte de los antecedentes adjuntos al informe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, el amparado registra un arraigo judicial vigente dispuesto en la causa Rit N° C 875-2005 del Juzgado de Familia de Antofagasta, de manera que la orden de abandono compulsivo no puede llevarse a efecto mientras penda el cumplimiento de la obligación alimenticia que la orden judicial de arraigo pretende asegurar”.

<sup>1584</sup> CA Santiago, *Bedoya con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017, rol N° 803-2017) considerando 6°.

<sup>1585</sup> CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-15) considerando 4°: “Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada Soledad Elizabeth Jauregui, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus tres hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar, considerando que los dos mayores cursan sus estudios de enseñanza básica, y el menor se encuentra próximo a hacer su ingreso a la educación formal. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3 obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9 compele a los Estados partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”.

<sup>1586</sup> LAWSON y RODRÍGUEZ (2016) p. 219.

<sup>1587</sup> MONDACA (2017) p. 580.

familiar para que un inmigrante, no obstante, la perpetración de una serie de ilícitos pudiese evitar la aplicación de la respectiva normativa de extranjería<sup>1588</sup>.

Un elemento importante para resolver contiendas como la que centra nuestro interés es la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas de expulsión. Hemos de tener en cuenta que la proporcionalidad exige la verificación de los siguientes elementos: el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación costes-beneficios<sup>1589</sup>. Por ello el TCCh ha acudido al test de proporcionalidad como una forma de determinar la razonabilidad o arbitrariedad<sup>1590</sup>.

De acuerdo con lo anterior, cuando la expulsión afecta el núcleo familiar se entiende que es una medida desproporcionada, lo que infringe los deberes regulados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN, así como lo dispuesto en el artículo 1° de la CPR<sup>1591</sup>. Consecuentemente, en la valoración de las circunstancias personales del inmigrante adquiere especial relevancia la protección de la vida familiar, debiendo estudiarse en cada caso la intensidad de los lazos familiares junto con la gravedad de la conducta que provoca la expulsión del inmigrante. En este análisis de proporcionalidad de la medida,

“...los propios sentenciadores han considerado los siguientes criterios que permiten facilitar la aludida tarea: la calidad de refugiado; el tiempo de residencia en Chile; realizar una actividad remunerada; la propuesta de un trabajo; no haber cometido una infracción diversa de la que motiva la expulsión; presentación de documentos falsos ante la autoridad administrativa; la obtención de beneficios carcelarios en virtud de irreprochable conducta puede revertir la orden de expulsión, como el cumplimiento de la libertad vigilada. Por el contrario, la reincidencia

<sup>1588</sup> MONDACA (2017) p. 582.

<sup>1589</sup> BARNÉS (1994) p. 500.

<sup>1590</sup> ARNOLD (2012) p. 101.

<sup>1591</sup> CS, *Tamayo con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 2174-13) considerando 3°: “Que cabe sumar a ello las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una familia de origen colombiano, que conforme con los antecedentes acompañados al recurso tiene cédula de identidad otorgada por el Estado chileno, estando su cónyuge inserta en el mercado laboral y contando con visa sujeta a contrato ella y sus dos hijas, de 14 y 8 años. En ese contexto, la ejecución de la orden de abandono del país a que es compelido el amparado bajo advertencia de disponerse su expulsión, conforme consta del documento de fs. 24, es desproporcionada e importa una trasgresión del criterio interés superior del niño, en la especie, en relación con las menores Erika y Linda Tamayo Castaño porque implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”. Con similar criterio, véase: CS, *Huerta con Ministerio del Interior* (2015, rol N° 2309-15); CS, *Huanucas con Ministerio del Interior, Subsecretario del Interior, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2013, rol N° 3057-13) considerando 7°; CS, *Arcilla con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2013, rol N° 3436-2013) considerando 4°; CS, *Díaz con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015, rol N° 3694-2015) considerando 6°; CS, *González con Intendencia Regional del Maule* (2017, rol N° 8397-2017) considerando 4°; CS, *Jaramillo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017, rol N° 12208-2017) considerando 5°; CS, *Morales con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017, rol N° 30361-2017) considerando 6°; CS, *Álvarez con Ministerio del Interior* (2016, rol N° 190-2016) considerando 7°; CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-15) considerando 4°; CS, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015, rol N° 12356-15) considerando 4°.



afectaría negativamente al inmigrante, al demostrar que el infractor se ha decidido a continuar en su vida delictiva; ser víctima del delito de trata de personas, y la comisión de ilícitos de particular gravedad, sea en Chile o en el respectivo país de origen”<sup>1592</sup>.

A su vez, tales criterios se traducen en la necesidad de promover su incorporación en la legislación nacional. Ello a fin de proteger la unidad de las familias de los migrantes, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos<sup>1593</sup>. Por su parte, la revisión de los criterios jurisprudenciales emanados de aquellos fallos emitidos con ocasión de la interposición de la Acción de Reclamación contenida en el artículo 89 del DL 1.094 también es ilustrativa. La CS –en el caso signado con rol N° 38337-2016<sup>1594</sup>– ha precisado en que consiste el *examen de proporcionalidad*, indicando que esta labor de valoración no se limita a la observancia de las formalidades legales. La CS adujo que sus labores no se extinguían “...al revisar la observancia de las formalidades legales y la subsunción de la hipótesis fáctica en el supuesto normativo invocado, sino que trasciende éstos y obliga al tribunal a efectuar un examen de ponderación respecto de la situación personal y procesal del afectado y los efectos que se causarían de manera definitiva en su familia con la ejecución de la medida por una parte, y los intereses nacionales resguardados en la Ley de Extranjería por la otra”<sup>1595</sup>. No obstante, en este caso se acordó la suspensión temporal del decreto de expulsión debido a que el acto que acordaba la expulsión no presentaba ninguna ilegalidad.

Con anterioridad, en el caso rol N° 8518-2012<sup>1596</sup>, la CS ya se había referido a la desproporcionalidad de la medida de expulsión decretada en contra del accionante, acogiendo –por ende– la acción de reclamación. Según lo refirió la CS en este fallo, de ejecutarse la

---

<sup>1592</sup> MONDACA (2017) p. 587.

<sup>1593</sup> Así ha sido exhortado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución aprobada el 20 de diciembre de 2004 sobre *Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias*, Documento Oficial A/RES/59/203, disponible en: <<https://undocs.org/es/A/RES/59/203>>, fecha de consulta: 24 septiembre 2018.

<sup>1594</sup> CS, *Mamani con Departamento de Extranjería y Migración* (2016, rol N° 38337-2016). En este caso los accionantes habían sido condenados en calidad de autores del delito de tráfico de migrantes. Además, sus visas de residencia temporaria estaban vencidas, por lo que permanecían en el país en calidad de ilegales. Sin embargo, ambos estaban casados y residían en el país desde hace 7 años. Eran padres de dos menores de edad de 6 y 2 años, siendo el más pequeño de nacionalidad chilena.

<sup>1595</sup> CS, *Ladrón con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 8518-2012) considerando 6°: Que, en ese contexto, no es posible soslayar el hecho que el extranjero alegó desconocer la falsedad de la visa contenida en su pasaporte, circunstancia que no es rebatida por ninguno de los antecedentes reunidos por la administración y que rolan en autos. La falta de certeza en torno a la conciencia de la falsedad de la visa de parte del reclamante permite sostener que la medida adoptada por la administración en contra del ciudadano cubano Juan Carlos Ladrón de Guevara Calderón es desproporcionada y no se ajusta al precepto que la sustenta, desde que no es posible afirmar que éste tenía pleno conocimiento de la trasgresión normativa que se le atribuye. Además, el acto irregular que motivó la decisión no aparece como una trasgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, desde que se lleva a cabo en una sola oportunidad, con la simple pretensión de encontrar dentro del territorio nacional mejores expectativas de vida a través del desarrollo de actividades apegadas a la legalidad, lo que no devalúa una conducta permanente llevada a cabo con fines ilícitos. Lo anterior lleva a concluir que la decisión que se reclama es desproporcionada en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción sancionada. Unido a ello, la circunstancia de que el órgano recurrido haya desistido de la acción penal respecto de estos mismos hechos”.

<sup>1596</sup> CS, *Ladrón con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 8518-2012).

medida ciertamente se *transgredía* el interés superior del menor. Según lo ha entendido el tribunal, la aplicación de este tipo de medidas implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo con ello los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN<sup>1597</sup>. Además, ha señalado que con ello “...se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la CPR que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”<sup>1598</sup>.

La CS ofreció un criterio similar en el caso signado bajo el rol N° 23480-2014<sup>1599</sup>. En este caso se señaló que, “...para la aplicación de las normas de extranjería es importante atender a las circunstancias personales y familiares del reclamante, por cuanto la decisión de la autoridad administrativa en estas materias afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la

---

<sup>1597</sup> CS, *Ladrón con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 8518-2012) considerando 7°: “Que, por otro lado, es importante atender a las circunstancias personales y familiares del reclamante, persona que tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena. De ejecutarse la medida, ciertamente se trasgrede el interés superior del menor Abdel Alejandro Ladrón de Guevara Guerra, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo con ello los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta. En consecuencia, la falta de proporción de la medida adoptada contra el ciudadano cubano Juan Carlos Ladrón de Guevara Calderón y la afectación que ella produce en su medio familiar, son motivos suficientes para revocar el dictamen reclamado”.

<sup>1598</sup> CS, *Ladrón con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 8518-2012) considerando 7°. Con iguales argumentos, véase: CS, *Leiva con Policía de Investigaciones* 2013, rol N° 400-2013); CS, *Arce con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 1017-2013); CS, *Guevara con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1413-2013); CS, *Gines con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 5148-2013); CS, *Apolinar con Departamento de Extranjería y Migración* (2010, rol N° 6733-2010).

<sup>1599</sup> CS, *Ladñez con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 23480-2014). En este caso el accionante fue objeto de una medida de expulsión por tener 4 causas tramitadas en su país de origen por la comisión del delito de robo. Sin embargo, no se demostró fehacientemente la comisión de tales delitos. Además, el accionante había constituido una familia en Chile.

Constitución Política de la República...”<sup>1600</sup>. El caso signado con rol N° 38337-2016<sup>1601</sup> también ofrece otros pronunciamientos de interés respecto de prohibición de separación de uno de los padres respecto de los hijos con motivo de una orden de expulsión, a fin de propender a la salvaguarda del derecho a la privada y vida familiar. Así se lee en la prevención efectuada por los ministros señores Juica y Künsemüller quienes concurrieron en a la decisión de acoger la reclamación y suspender el decreto de expulsión cuestionado, pero dando lugar a la petición principal de la actora, extendiendo así la suspensión temporal del decreto hasta el año 2018. Para ello, razonaron que debían tomarse en

“... consideración a las circunstancias personales y familiares de los reclamantes, quienes, tal como ya se ha señalado, son padres de dos hijos de corta edad, de manera que de ejecutarse el acto administrativo cuestionado ciertamente se lesionaría el interés superior de los niños, al dictaminarse una medida que implicará la separación de uno de sus padres y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; afectando asimismo lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”<sup>1602</sup>.

---

<sup>1600</sup> CS, *Ladinez con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 23480-2014) considerando 7°: “Que aun cuando la actuación que se reprueba emana de un órgano que no ejerce jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales. En este entendimiento, no es posible desatender el hecho que los procesos penales invocados tienen una data superior a los 10 años, sin que exista certeza de la situación procesal en que se encuentran y si en definitiva el reclamante resultó condenado, situación que él rechaza. Resulta entonces que el hecho que el decreto de expulsión da por cierto ha sido formalmente controvertido, sin que el ente administrativo haya aportado más antecedentes que un oficio de julio de 2006 en que se consignan las señaladas causas judiciales, lo que no basta para afirmar que el extranjero delinquirió en su país de origen. Al mismo tiempo, no es indiferente que haya permanecido más de 9 años en el país y que tiene dos hijas nacidas en Chile, nada de lo cual ha sido siquiera ponderado por la autoridad, coartando al afectado la posibilidad de manifestar lo concerniente a sus derechos. En diversas oportunidades se ha resuelto por esta Corte que para la aplicación de las normas de extranjería es importante atender a las circunstancias personales y familiares del reclamante, por cuanto la decisión de la autoridad administrativa en estas materias afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta” (Roles N° 8518-2012, de 3 de diciembre de 2012 y N° 5148-2013, de 12 de agosto de 2013)”.

<sup>1601</sup> CS, *Mamani con Departamento de Extranjería y Migración* (2016, rol N° 38337-2016).

<sup>1602</sup> CS, *Mamani con Departamento de Extranjería y Migración* (2016, rol N° 38337-2016) prevención de ministros señores Juica y Künsemüller, quienes “concurren a la decisión de acoger la reclamación y suspender el decreto de expulsión cuestionado, pero dando lugar a la petición principal de la actora, extendiendo así la suspensión temporal del decreto hasta el año 2018. Lo anterior, en consideración a las circunstancias personales y familiares de los reclamantes, quienes, tal como ya se ha señalado, son padres de dos hijos de corta edad, de manera que de ejecutarse el acto administrativo cuestionado ciertamente se lesionaría el interés superior de los niños, al dictaminarse una medida que implicará la separación de uno de sus padres y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1

Los anteriores criterios jurisprudenciales fueron nuevamente pronunciados en el caso rol N° 9075-2012<sup>1603</sup>, por parte de la CS. Sin embargo, en este último observamos aspectos más esclarecedores respecto del ejercicio de las facultades conferidas a la autoridad administrativa contenidas en el DL 1.094, específicamente cuando en la descripción de tales facultades se han empleado conceptos jurídicos indeterminados. La CS ha precisado que en estos casos “... se hace necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado. De no efectuarse tal evaluación, la actuación del ente administrativo deviene en ilegal y arbitraria”<sup>1604</sup>. Estos argumentos dejan patentado que la situación personal y familiar del afectado –por la medida de expulsión– son elementos que deben ser valorados, pues tienen más peso al ponderar la ejecución de la medida.

Asimismo, en el caso signado con rol N° 624-2014<sup>1605</sup> encontramos otro aporte de interés. Junto a los criterios relativos a la protección del núcleo familiar, también se observa la prevención emitida por los ministros señores Brito y Cisternas. En este caso los aludidos ministros concurren a la decisión emitida, no obstante, agregaron que “...los principios que amparan y protegen los derechos de los niños y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad tienen una ponderación de mayor entidad frente a las facultades de que se haya investida la autoridad pública, para que, en un caso como el de autos, sean ejercidas tales atribuciones en desmedro de dichas garantías, lo que pudiera conllevar la desintegración del grupo familiar de la extranjera recurrente”<sup>1606</sup>. Una vez más, en estos criterios

---

de la Convención de los Derechos del Niño; afectando asimismo lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

<sup>1603</sup> CS, *Espinola con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 9075-2012). En este caso se ordenó la expulsión fundada en el artículo 17, en relación con el artículo 15 N°2, ambos del DL 1.094, y en la denuncia de haber ingresado a territorio nacional suplantando la identidad de su hermano, hecho que admite como efectivo. El accionante señaló que el ingreso se produjo en el año 1997, y que a partir de esa fecha ha realizado su vida laboral y familiar en el país, se casó con una ciudadana peruana el 13 de enero de 1999 con la que tienen 3 hijos chilenos de 13, 8 y 4 años.

<sup>1604</sup> CS, *Espinola con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 9075-2012) considerando 5°: “Que, el artículo 17 del Decreto Ley 1.094 consagra la facultad de la autoridad administrativa para disponer la expulsión del país de los ciudadanos extranjeros que incurran, entre otras, en las situaciones del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo, importando para la decisión del reclamo, aquella relativa a la ejecución de actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. Tratándose de una facultad, y que se ejerce, en el caso concreto, basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado. De no efectuarse tal evaluación, la actuación del ente administrativo deviene en ilegal y arbitraria”. Con similares argumentos, véase: CS, *Guevara con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 1413-2013).

<sup>1605</sup> CS, *Egusquiza con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 624-2014) prevención de los Ministros: “Se previene que los Ministros Sres. Brito y Cisternas concurren a la decisión, pero teniendo únicamente en consideración que los principios que amparan y protegen los derechos de los niños y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad tienen una ponderación de mayor entidad frente a las facultades de que se haya investida la autoridad pública, para que, en un caso como el de autos, sean ejercidas tales atribuciones en desmedro de dichas garantías, lo que pudiera conllevar la desintegración del grupo familiar de la extranjera recurrente”.

<sup>1606</sup> CS, *Egusquiza con Departamento de Extranjería y Migración* (2014, rol N° 624-2014) prevención de los ministros señores Brito y Cisternas.

jurisprudenciales se observa el peso que ejerce la protección del núcleo familiar ante la ponderación de otros elementos que podrían justificar la medida de expulsión. Ello se corrobora en el pronunciamiento del caso rol N° 10916-2014<sup>1607</sup>. En este caso la CS se refirió al deber de escuchar al afectado a fin de efectuar una correcta ponderación de las circunstancias afectadas con la decisión de expulsión. Para la referida corte, es necesario asegurar al afectado la posibilidad de “...formular sus descargos a fin de ponderar racionalmente la situación personal que le rodea y los efectos que se causarían de manera definitiva en su familia con la ejecución de la medida”<sup>1608</sup>.

Otro elemento para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión lo encontramos en el fallo emitido por la CS en el rol N° 1017-2013<sup>1609</sup> atendiendo al cumplimiento de la finalidad perseguida por la referida medida. La CS ha señalado al respecto que, en base al tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos que fundaron la expulsión y la afectación que de manera irremediable producirá en el medio familiar del accionante, la medida de expulsión carecía de proporcionalidad y oportunidad<sup>1610</sup>. Estos eran

---

<sup>1607</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerandos 4°: “Que, el artículo 17 del Decreto Ley 1.094 consagra la facultad de la autoridad administrativa para disponer la expulsión del país de los ciudadanos extranjeros que incurran, entre otros, en los supuestos del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo. Tratándose de una facultad que se ejerce basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe relacionarse, además, con la actual situación personal, familiar y el arraigo del ciudadano afectado en el país. De no efectuarse tal evaluación, perteneciente a la motivación del acto administrativo, este contravendrá el principio de razonabilidad y devendrá en arbitrario. Que en la base de todo concepto jurídico indeterminado existe una imprecisión. Pero el hecho de que la ley al crear un nuevo concepto jurídico indeterminado no establezca con precisión el ámbito de aplicación concreto de la norma, no permite entender o establecer que estamos frente a un caso de habilitación discrecional para la Administración. (Rubén Saavedra Fernández, *Discrecionalidad Administrativa*, Legal Publishing Chile, 2011, p. 157)”.

<sup>1608</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerando 6°: “Que dentro de la infracción reclamada a la garantía del debido proceso se sostiene que en la dictación del acto administrativo no se dio la posibilidad al afectado de formular sus descargos a fin de ponderar racionalmente la situación personal que le rodea y los efectos que se causarían de manera definitiva en su familia con la ejecución de la medida. En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”.

<sup>1609</sup> CS, *Arce con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 1017-2013). Al accionante se le revocó la permanencia definitiva y se dispuso su abandono del país en el plazo de 72 horas en el año 2007. Esto, dado que el accionante había sido sometido a proceso por el delito de abusos deshonestos, y además, porque registraba antecedentes por los delitos de estafa y tráfico de drogas. El accionante estaba casado, vínculo que permanece a la fecha y del cual nacieron dos hijos.

<sup>1610</sup> CS, *Arce con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 1017-2013) considerando 7°: “Que tal finalidad no puede verse satisfecha cuando ha transcurrido un considerable lapso entre la decisión de la autoridad y su ejecución, más de cinco años en el caso de autos, pues la sanción con el transcurso de los años se tornó inútil e ineficiente. En efecto, teniendo presente que el decreto de expulsión es del año 2007 y que los hechos que dieron, en definitiva, lugar a su dictación fueron cometidos -de conformidad a la sentencia criminal acompañada por la autoridad recurrida- el día 19 de agosto de 1998, esta medida tan extrema resulta desproporcionada, injustificada e inoportuna. Reafirma lo anterior el hecho que la expulsión implicaría el desarraigo familiar del amparado, lo que contraría lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República en cuanto establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado darle protección. Esto, porque de conformidad con

motivos suficientes para acoger el reclamo deducido, dejando plasmada la necesidad de que la medida de expulsión alcance sus objetivos para que sea considerada como una medida proporcionada. En este caso, el transcurso de tanto tiempo desde la comisión del delito por parte del accionante restaba proporcionalidad a la medida de expulsión.

Como lo señaláramos en los párrafos anteriores, se acusa cierta recurrencia -por parte de los tribunales de máxima instancia en Chile- en el empleo de términos relativos a la *proporcionalidad* de la medida. No obstante, en el contenido de tales pronunciamientos no se evidencia un empleo eficaz del *test de proporcionalidad* por parte del juzgador<sup>1611</sup>. Es decir, aunque se hace referencia a la necesidad de emplear criterios de proporcionalidad – cuando se trata de acordar la expulsión del inmigrante-no se efectúa un *test de proporcionalidad* tal y como lo entiende la doctrina. Ello resulta necesario por encontrarnos frente a nociones altamente dotadas de ambigüedad y cuya precisión puede ser acotada mediante los criterios jurisprudenciales.

No obstante, los anteriores pronunciamientos se enmarcan en los criterios señalados por la CorteIDH. Este órgano también ha emitido valiosos pronunciamientos respecto del resguardo del derecho a la vida familiar, junto con el derecho a la vida privada. Así, ha señalado que en los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para la situación legal de la familia, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares. Asimismo, respecto de la protección de los derechos de niños y niñas que estén involucrados en procesos migratorios, la CorteIDH se ha establecido como principio que el niño tiene derecho a vivir con su familia.

Lo anterior resulta relevante, ya que tales procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y afectar el bienestar de los niños y niñas. Esta corte ha entendido que, en el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. Respecto de la detención de menores, este tribunal ha señalado que cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad *excepcional* de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio –no pudiendo optar por otra decisión menos lesiva que el internamiento en un centro donde se permita su convivencia con su grupo familiar– es posible que los Estados recurran a medidas tales como su alojamiento o albergue durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. Pero en el caso de un niño o niña no acompañado, la CorteIDH ha precisado que la privación de libertad resulta improcedente, toda vez que *pueden* y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

Lo que veremos a continuación (en la Tabla N° 32) constituye un resumen que permitirá una revisión puntual de los criterios jurisprudenciales anteriormente referidos.

---

los documentos acompañados al recurso y de los fundamentos del recurrido Decreto N°1226, aparece que el señor Arce Altamirano se casó en Chile, en el año 1981, con doña Zulema del Carmen Torres Valenzuela, de nacionalidad chilena, con quien tuvo dos hijos, uno de los cuales tiene 50% de discapacidad física, y que aquél permanece ininterrumpidamente en el país a contar del día 3 de marzo de 1999”.

<sup>1611</sup> Se efectúa un ejercicio de razonabilidad, pero no propiamente el *test* de proporcionalidad que plantea ALEX Y (2002) pp. 13 y ss.

**TABLA N° 32.**  
**Criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia chilenos**  
**sobre el derecho a la vida privada y familiar**

Parámetros de protección	Disposiciones aplicables	Criterios jurisprudenciales
Resguardo del núcleo familiar durante la detención.	Artículo 1 de la CPR, 17.1 CADH; Artículo 2 CDN.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La imposición de la medida de expulsión vulnera la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como el interés superior del niño.</li> <li>• No es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado en caso de una medida de expulsión</li> <li>• Resulta imposible –por parte de los Estados que son parte en la CDN– de propender a la separación física de los padres en relación con sus hijos.</li> <li>• El acto de expulsión constituye una amenaza cierta de la libertad ambulatoria de los familiares del expulsado.</li> <li>• Se debe considerar la situación de dependencia de los miembros de la familia respecto del expulsado.</li> <li>• Para la aplicación de las normas de extranjería es importante atender a las circunstancias personales y familiares del reclamante, por cuanto la decisión de la autoridad administrativa en estas materias afecta el núcleo familiar.</li> </ul>
En caso de menores se deben adoptar medidas en <i>pro</i> del interés superior del niño.	Artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La separación del núcleo familiar con motivo de la expulsión merma el pleno desarrollo emocional y social y constituye una eventual interrupción de su etapa escolar del niño.</li> <li>• La expulsión no puede ejecutarse mientras el inmigrante afectado por dicha medida tenga obligación de cumplir con la obligación alimenticia.</li> <li>• La separación del menor de su núcleo familiar perturbará su identidad familiar y nacional.</li> </ul>
Detención y expulsión de miembros de un grupo familiar debe efectuarse bajo criterios de proporcionalidad	Artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN, así como lo dispuesto en el artículo 1° de la CPR	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las medidas de expulsión que afectan el núcleo familiar devienen en desproporcionadas.</li> <li>• Esta labor de valoración no se limita a la observancia de las formalidades legales sino a una ponderación.</li> <li>• Es necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe</li> </ul>

ad y necesidad de la medida.		<p>sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los principios que amparan y protegen los derechos de los niños y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad tienen una ponderación de mayor entidad frente a las facultades de que se haya investida la autoridad pública.</li> <li>• Es necesario asegurar al afectado la posibilidad de formular sus descargos a fin de ponderar racionalmente la situación personal que le rodea y los efectos que se causarían de manera definitiva en su familia con la ejecución de la medida.</li> <li>• El transcurso del tiempo desde la comisión del delito por parte del accionante, resta proporcionalidad a la medida de expulsión.</li> </ul>
------------------------------	--	--

Aunque de la compilación jurisprudencial anteriormente reflejada se desprenden varios criterios positivos para el resguardo del derecho a la vida privada y familiar, una contribución hacia el enriquecimiento de estos criterios también se puede extraer de los pronunciamientos emitidos por el TJUE. Al respecto, este tribunal ha señalado que no se puede obligar al inmigrante a abandonar el territorio sin comprobar previamente si entre ese inmigrante y el ciudadano, miembro de su familia, existe una *relación de dependencia*. Esta *relación de dependencia* debe ser tal que este último se vería obligado a acompañar al nacional del tercer país a su país de origen, cuando es justamente dicha relación de dependencia la que en principio justificaría la concesión de un derecho de residencia derivado a ese inmigrante. De esta forma se propendería a la protección de los derechos que le asisten tanto al inmigrante afectado con la orden de expulsión –con especial consideración de su derecho a la vida familiar– así como al niño, niña o adolescente involucrado, por ser este último un nacional del Estado que expulsa y a la vez por ser miembro del núcleo familiar del inmigrante.

Como complemento de lo anterior, también podemos repasar la prolija jurisprudencia interpretativa emitida por el TEDH, cuyas consecuencias podrían también ser extendidas a la detención administrativa de inmigrantes en Chile. El TEDH ha protegido la relación familiar *entre familiares cercanos* entre los que menciona las relaciones entre los abuelos y los nietos, así como tíos y sobrinos, extendiendo la protección a la relación familiar, tanto si es biológica como si es el resultado de una adopción, incluso la relación entre una familia de acogida y un niño acogido, habida cuenta del tiempo compartido y la estrecha relación y el papel asumido por el adulto. El TEDH también se ha referido a la extrema vulnerabilidad del niño como factor decisivo y con prioridad sobre las consideraciones relativas al estatus de inmigrante ilegal. El TEDH se refirió a la proporcionalidad de la medida de detención en casos donde estaban involucradas familias integradas por menores de edad. Además, la obligación de velar por el interés superior del menor no se cumplía solo con asegurar la unión familiar durante la detención.

Asimismo, respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad, adquieren relevancia los aportes que pueden extraerse de las disposiciones contenidas en la directiva



retorno. En este texto normativo se prescribe el empleo –solo como último recurso– de las medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, por parte de los Estados miembros. Además, se exige que tales medidas sean adoptadas de forma *proporcionada*. Respecto de esta proporcionalidad, se observa -en la jurisprudencia europea- criterios que apuntan a la necesidad de que la fuerza ejercida no se extienda más allá de lo razonable. Esta jurisprudencia también exige que debe atenderse a parámetros legales, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del inmigrante. La jurisprudencia europea también ofrece interesantes aportes sobre este tema, al precisar que los operadores de justicia tienen la obligación de considerar la situación personal y familiar del extranjero.

### 2.3. Del derecho al debido proceso.

El epicentro de la mayoría de los criterios jurisprudenciales emitidos por los tribunales de máxima instancia en Chile se encuentra en la protección del derecho al debido proceso. Esto obedece a la naturaleza instrumental del debido proceso, entendido como derechos al servicio de bienes jurídicos y derechos fundamentales, es decir, que se comunican con decisiones *iusfundamentales* para las personas<sup>1612</sup>. Pese a las falencias observadas en la legislación migratoria chilena –respecto del resguardo de este derecho- otros instrumentos nacionales lo regulan. El artículo 19.3 de la CPR consagra el derecho de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, esto se traduce en el derecho a la defensa jurídica, la debida intervención del letrado con asistencia jurídica gratuita y el derecho a que la jurisdicción se establezca en un proceso previo legalmente tramitado que respete las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. No obstante, el derecho al debido proceso no se encuentra expresamente definido en la CPR<sup>1613</sup> y no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso en Chile<sup>1614</sup>. A nivel constitucional, el debido proceso se encuentra actualmente consagrado en el artículo 19 de la CPR<sup>1615</sup>. Al respecto, el TCCh ha sostenido que por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del estado de derecho<sup>1616</sup>. También ha señalado que: “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de

<sup>1612</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 232.

<sup>1613</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 230.

<sup>1614</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2011, rol N° 1838-2010) considerando 13°.

<sup>1615</sup> En el artículo 19 de la CPR está presente: el derecho a la defensa, en los incisos 2° y 3°; legalidad del tribunal, en el inciso 4°; legalidad del juzgamiento, en el inciso 5°; exclusión de presunciones, en el ámbito penal en el inciso 6°; irretroactividad de la ley penal, en inciso 7°; y, principio de tipicidad, en el inciso 8° del referido artículo.

<sup>1616</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio* (2008, rol N° 1130-08) considerando 7°.

los participantes en un proceso”<sup>1617</sup>. Y muy relacionado con el debido proceso, en la CPR se contempla la prohibición de restricciones arbitrarias a la libertad, en su artículo 19.7 y 21. En la CPR se asegura el derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas, según el inciso tercero al artículo 19, numeral 3<sup>1618</sup>. La CS también ha precisado respecto de este derecho:

“...que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio”<sup>1619</sup>.

En la CPR también se precisa –en el artículo 19 N° 3, inciso quinto– el derecho al juez predeterminado por la ley<sup>1620</sup>, lo que debe ser entendido en concordancia con el artículo 76 de la CPR<sup>1621</sup>. Otra garantía del debido proceso muy relacionada a este asunto y reconocida por la CPR es la del derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial, según el artículo 76, primer inciso. Junto a las garantías anteriores, también se reconoce el derecho a la bilateralidad de la audiencia. Así, el conocimiento –en primera instancia– en cuenta o de plano, esto es, sin escuchar a las partes, puede importar una vulneración al debido proceso<sup>1622</sup>. Adicionalmente, el TCCh ha sostenido que el artículo 19 N° 3° inciso 5° de la CPR establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, los cuales se traducen, junto con el derecho a la acción y de la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva<sup>1623</sup>. Teniendo en cuenta los anteriores preceptos, procederemos a la revisión detallada de los criterios emitidos por las cortes chilenas, específicamente en lo que atañe a la protección de este derecho en la detención y expulsión de inmigrantes.

<sup>1617</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2011, rol N° 1838-2010) considerando 10°.

<sup>1618</sup> El artículo 19, numeral 3, de la CPR contempla que la ley ha de arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Añade que la ley ha de señalar los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

<sup>1619</sup> Corte Suprema de Chile, *Contra Alborno* (2007, rol N° 4183-06) considerando 10°.

<sup>1620</sup> El artículo 19 de la CPR, inciso 5° señala que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

<sup>1621</sup> artículo 19 de la CPR: la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

<sup>1622</sup> NAVARRO (2013) p. 137. Cfr. TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch respecto del inciso tercero del artículo 551; inciso segundo del artículo 539; inciso segundo del artículo 541; inciso segundo del artículo 539; artículos 536, 537 y 542; número 4° del artículo 544; artículos 557 y 558, todos del Código Orgánico de Tribunales, en la causa Antecedentes de Pleno Rol N° 1920-2006 ad, seguida ante el Ministro en Visita don Juan Escobar Zepeda* (2007, rol N° 747-07) considerando 16°.

<sup>1623</sup> TCCh, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio* (2008, rol N° 1130-08) considerando 6°.

La CA en el caso *Cuartel Borgoño* ha hecho referencia al derecho a la libertad y su amplia protección, conferida tanto por el ordenamiento jurídico chileno –con fundamento en lo preceptuado en los artículos 1, 5, 19.7 y 21 de la CPR–, como por otros instrumentos internacionales –en puridad ha citado el artículo 7 de la CADH y el artículo 9 del PIDCP–<sup>1624</sup> suscritos por el Estado Chileno. En este orden de ideas, la CS ha precisado algunas nociones conceptuales y diferencias entre la libertad personal y la seguridad individual. Al respecto ha apuntado, en base al artículo 19.7, letra b de la CPR, que la libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella, en tanto que la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades<sup>1625</sup>.

Tales precisiones conceptuales resultan de interés para entender cuáles son las libertades que se ven conculcadas con la privación de libertad en materia de expulsión de inmigrantes y reiterar el carácter *excepcional* de este tipo de medidas. La CA ha precisado al respecto que dicha naturaleza excepcional se incrementa al tratarse de medidas de detención que no están *visadas* por autoridad judicial alguna<sup>1626</sup>. Ello pone de manifiesto que la privación de libertad durante la tramitación de la expulsión –así como la expulsión en sí misma– es la manifestación más enérgica de la reacción administrativa estatal en materia migratoria y también la más cuestionable, sobre todo cuando hablamos de una detención ordenada por una autoridad administrativa sin control judicial, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal.

Lo anterior se ajusta a lo señalado por la CorteIDH, órgano que ha desarrollado los requisitos que se deben satisfacer para que la restricción del derecho a la libertad personal –mediante la detención– sea legítima. Para asegurar este propósito, este tribunal se ha referido a las garantías del debido proceso, que se aplican no solo al ámbito judicial, sino en cualquier procedimiento donde se decidan derechos de las personas como ocurre con la detención administrativa de inmigrantes con fines de expulsión. Ello nos lleva a revisar las garantías procesales sobre las que se han pronunciado las cortes chilenas y cuyo resguardo se debe asegurar en estos procedimientos migratorios. Recordemos que la CorteIDH ha señalado que, en los casos de expulsión, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas<sup>1627</sup>. Estos han sido acotados en las siguientes: 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

<sup>1624</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 4°.

<sup>1625</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 5°.

<sup>1626</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 10°.

<sup>1627</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A N° 21) párr. 112: “A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención”.

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<sup>1628</sup>. Pero veamos a continuación lo que han referido las cortes chilenas respecto de estas garantías.

Uno de estos elementos lo observamos en cuanto al requisito de que el procedimiento de detención administrativa este ajustado a la ley. Así lo ha precisado la CS en el caso numerado bajo el rol N° 5112-2013<sup>1629</sup>. En este caso, la referida corte se pronunció a favor del resguardo de las garantías del debido proceso, tras ordenar la inmediata libertad de la ciudadana peruana que había sido detenida con fines de expulsión, así como la celebración de una audiencia al día inmediatamente siguiente al de la emisión de la sentencia. Esta decisión de la CS obedeció a la necesidad de determinar las condiciones procesales de la orden de expulsión y su efectiva ejecución, con fundamento en los artículos 1 y 95 de la CPR. Según lo señaló la CS, ante las actuaciones de este tipo lo prudente es verificar que el procedimiento se haya ajustado a la ley a fin de asegurar el debido proceso, específicamente en lo relativo al respeto de la garantía a ser oída que le asiste a la detenida.

El criterio jurisprudencial antes referido y sus fundamentos fueron nuevamente empleados por la CA de Santiago, en el caso signado con el rol N° 131-2011<sup>1630</sup>. En este caso, la referida corte se pronunció en *pro* del resguardo de las garantías del debido proceso, abundando en el deber de aplicar un control judicial efectivo por parte de las autoridades administrativas. La referida CA ha establecido progresivamente restricciones a la posibilidad de acordar la detención de inmigrantes, tras precisar que la detención administrativa debe entenderse en forma *restrictiva*. Ello obedece a que la libertad es un derecho fundamental garantizado en la CPR, cuya privación está sometida a *estándares rigurosos* y a un control judicial efectivo<sup>1631</sup>. Para que este control judicial sea efectivo, según lo refiere la CA, no resulta suficiente que la autoridad administrativa –al momento de informar la acción– se limite a señalar la permanencia del inmigrante detenido en las dependencias de un Cuartel de

---

<sup>1628</sup> CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014, serie C N° 282) párr. 356: “En consideración de las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, 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”.

<sup>1629</sup> CS, *Badaracco y familia con Departamento de Migración y Extranjería* (2013, rol N° 5112-2013). En este caso la Fiscalía local de Iquique había recibido una denuncia en contra de una ciudadana peruana, pero durante la investigación la Fiscalía desistió de la acción. Sin embargo, la referida ciudadana peruana fue detenida en conformidad con la normativa migratoria chilena vigente. Los abogados de la accionante adujeron, al momento de presentar el respectivo amparo, que no había ningún decreto que sustentase la detención de la ciudadana peruana, solicitando la inmediata puesta en libertad de su defendida.

<sup>1630</sup> CA de Santiago, *Hashimoto con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 131-2011).

<sup>1631</sup> CA de Santiago, *Hashimoto con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 131-2011) considerando 8°.

Investigaciones a la espera que se materialice la expulsión. Para la referida corte es necesario señalar los antecedentes que le den plausibilidad a la necesidad de mantener la privación de libertad<sup>1632</sup>. La CA ha estimado que la detención administrativa debe estar sujeta a control judicial, toda vez que lo contrario deviene en un acto arbitrario por parte de la autoridad policial, “más aún cuando la detención se lleva a cabo por una autoridad administrativa, sin los debidos controles jurisdiccionales a que se encuentra sometida la privación de libertad de cualquier ciudadano de este país”<sup>1633</sup>.

En el caso *Salinas y Vázquez*<sup>1634</sup>, la CS se pronunció respecto de las facultades de la autoridad administrativa para proceder a la extensión del periodo de detención. La CS adujo que en el referido caso se trataba de un acto de la autoridad sin facultades para tales disposiciones y fuera de los casos previstos por la ley. Estas falencias hacían procedente la acción de amparo incoada, cuyo fin es el de proteger la libertad personal y la seguridad individual de las personas que se vean afectadas por un acto de la Autoridad sin facultades para disponerlo y fuera de los casos previstos por la ley<sup>1635</sup>. Por ello, a juicio de los sentenciadores la extensión del periodo de detención fue injustificada<sup>1636</sup>. La CS revocó la sentencia apelada y acogió la acción, para el solo efecto de declarar que la autoridad denunciada mantuvo privados de libertad a los accionantes, entre los días 12 y 15 de enero de ese año, en contravención a la normativa que rige la materia. Las Cortes, al revisar la motivación de la decisión y su asidero legal, han entendido que el ejercicio de una facultad discrecional no exime a la autoridad o funcionario del respeto de derechos constitucionalmente garantizados, como son el debido proceso y la libertad personal. Por ello, la restricción a estos derechos en uso de tal potestad debe interpretarse restrictivamente, revocando la decisión en base a un estándar de proporcionalidad y razonabilidad, que pondera las circunstancias particulares que rodean el caso (arraigo) y el fin de la norma<sup>1637</sup>.

La CS se pronunció en el caso numerado con el rol N° 4000-2012<sup>1638</sup> respecto de la procedencia de las detenciones administrativas con fines de expulsión. Para el referido tribunal no resultan relevantes algunos aspectos de índole procesal –relativos a la interposición de la acción, sea que la referida acción resultare procedente o denegada– sino que la Dirección General de Investigaciones como autoridad competente proceda a cumplir la expulsión ordenada<sup>1639</sup>. Así, destacan sus argumentos respecto de la necesidad de respetar

<sup>1632</sup> CA de Santiago, *Hashimoto con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 131-2011) considerando 8°.

<sup>1633</sup> CA de Santiago, *Hashimoto con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 131-2011) considerando 8°.

<sup>1634</sup> CS, *Salina y otros con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 866-2011)

<sup>1635</sup> CS, *Salina y otros con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 866-2011) considerando 4°: “Que el recurso de amparo está concebido para proteger la libertad personal y la seguridad individual de las personas que se vean afectadas por un acto de la Autoridad sin facultades para disponerlo y fuera de los casos previstos por la ley; situación que a juicio de estos sentenciadores se presenta en la especie, puesto que como se ha explicado, se extendió injustificadamente el período de detención en un cuartel policial de dos personas extranjeras respecto de quienes se había dispuesto su expulsión del país”.

<sup>1636</sup> CS, *Salina y otros con Policía de Investigaciones* (2011, rol N° 866-2011) considerando 4°.

<sup>1637</sup> GALDÁMEZ Y LAGES (2016) p. 32.

<sup>1638</sup> CS, *Inostrosa con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 4000-2012). En este caso la Policía de Investigaciones procedió a la detención de un ciudadano colombiano con fines de tramitar su expulsión. Sin embargo, esta detención administrativa se extendió durante 37 días. El recurso de reclamación, accionado respecto de la expulsión, fue declarado por la CS como inadmisibile por extemporáneo.

<sup>1639</sup> CS, *Inostrosa con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 4000-2012) considerando 3°: “Que el artículo 90 del Decreto Ley 1094, establece en su inciso segundo que: “Transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no ser éste procedente, o transcurrido

el lapso de 24 horas como lapso máximo para proceder a la expulsión del detenido, tal y como lo contempla el artículo 90 del DL 1.094, en su inciso segundo. El respeto de estos lapsos incide positivamente en el resguardo de la integridad personal, ya que la detención administrativa de inmigrantes solo debiera considerarse como la *última ratio* y siempre por el menor tiempo posible para resguardar la dignidad y el trato humano al que tiene derecho el detenido.

Así mismo, en relación con el tiempo de duración de la detención administrativa previa a la expulsión, hemos de tener presente que la normativa migratoria chilena no establece un tiempo definido en cuanto a la duración de la detención administrativa. La referida legislación permite la detención solo por el tiempo estrictamente necesario. Sin embargo, en el caso rol N° 4000-2012<sup>1640</sup> la detención se demoró 37 días. Esta demora en la detención fue considerada por la CS como excesiva<sup>1641</sup>, según lo regulado en el artículo 90 del DL 1.094 y artículo 176 del Reglamento de Extranjería, pues lo que se pretende con la detención administrativa es proceder de forma expedita a la expulsión del inmigrante.

Por su parte, de la sentencia emitida por la CS en el caso rol N° 4000-2012, se extrae el deber de respetar los plazos en la detención. Para la referida corte, la tardanza respecto de la detención administrativa se constituyó en una indebida privación de la libertad personal del recurrente. Ello debido a que esa gestión debió ser cumplida en el menor tiempo posible, evitando producir al detenido mayores perturbaciones que las propias de la medida ordenada<sup>1642</sup>. En el caso *Cuartel Borgoño* el tribunal ha resaltado la protección de la libertad personal del inmigrante, concluyendo que el actuar de la Policía de Investigaciones había sido ilegal, puesto que se había privado de la libertad a las personas por tiempo indefinido, obviando los plazos legales y la proporcionalidad en la privación de derechos fundamentales según lo contemplado en el artículo 90 del DL 1.094 y el artículo 176 del Reglamento de Extranjería. Así mismo, el tribunal de alzada agregó que mucho más relevante era el hecho de haber conculcado gravemente el derecho fundamental a libertad personal de cada uno de los amparados, porque no se han guardado las formalidades legales. Estas violaciones se tradujeron en *irregularidades que no podían ser toleradas*, al no mediar orden o decreto judicial alguno de autoridad facultada para ello<sup>1643</sup>.

Asimismo, la CS también ha efectuado pronunciamientos respecto de la celeridad procesal que debe reinar en materia de detención y expulsión de inmigrantes. Esta corte ha

---

el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad a que se refiere el artículo 10 procederá a cumplir la expulsión ordenada.” Por su parte, ese último precepto señala que la autoridad respectiva es la Dirección General de Investigaciones. Misma orden contempla el artículo 175° del reglamento de la Ley de Extranjería”.

<sup>1640</sup> CS, *Inostrosa con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 4000-2012).

<sup>1641</sup> CS, *Inostrosa con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 4000-2012) considerando 4°: “Que, sin embargo, en este cometido la Policía de Investigaciones de Chile tardó un tiempo excesivo, extendiéndose la privación de libertad del recurrente desde el día dieciséis de abril del año en curso hasta, al menos, el veintitrés de mayo pasado, esto es, 37 días de privación de libertad sólo para cumplirse una orden de expulsión, lo que se habría logrado aparentemente con la intervención de la judicatura a través de la orden dada al efecto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su resolución de 8 de mayo de 2012 al Ministerio del Interior”.

<sup>1642</sup> CS, *Inostrosa con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 4000-2012) considerando 5°: “Que la referida tardanza constituyó una indebida privación de la libertad personal del recurrente desde que esa gestión debió ser cumplida en el menor tiempo posible, evitando producir al detenido mayores perturbaciones que las propias de la medida ordenada”.

<sup>1643</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 10°.

señalado que la demora en la actuación de la Policía de Investigaciones fue ilegal y arbitraria en cuanto a la forma de proceder a la expulsión del país del referido ciudadano colombiano y una demora injustificada en la tramitación del recurso de apelación<sup>1644</sup>. Otro caso donde se dejó en evidencia los resultados de no asegurar la debida celeridad procesal, lo observamos en el caso signado con el rol N° 2313-2013<sup>1645</sup>. En este asunto, la CS acogió el amparo accionado, pero no ordenó la revocación de la expulsión por encontrarse ya ejecutada al momento de la decisión. Asimismo, en el precitado caso la CS definió como arbitraria la resolución atacada, dada su manifiesta falta de fundamentación, afectando la libertad personal de la amparada<sup>1646</sup>. No obstante, teniendo en consideración que la medida de expulsión ya se había ejecutado para el momento del pronunciamiento de esta sentencia, la CS acordó que no era procedente innovar sobre la actual situación de la amparada. Esta última circunstancia deja en evidencia la demora con la que se obtuvo el fallo del amparo requerido, que en tales circunstancias no pudo impedir la medida de expulsión recurrida. En esta controversia judicial, la CS ha hecho énfasis en la razonabilidad que debe regir las actuaciones de la autoridad migratoria —especialmente en las de naturaleza sancionatoria— al afectar la libertad personal de la accionante. A tal efecto, la CS señaló que el ejercicio legítimo de las atribuciones por parte de la autoridad migratoria exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad, requerimiento que adquiere mayor relevancia si lo afectado con la medida atacada afecta el derecho fundamental a la libertad personal de la afectada<sup>1647</sup>.

La referida CA también se pronunció respecto de la autoridad sobre la que recae el deber de notificación del decreto de expulsión al detenido. Así, en el caso *Cuartel Borgoño* ha sostenido que la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional es la institución encargada de dar cumplimiento a los actos administrativos de expulsión, de modo que es a ella a quien corresponde informar sobre las condiciones de la detención y el estado de las

---

<sup>1644</sup> CS, *Inostrosa con Policía de Investigaciones* (2012, rol N° 4000-2012) considerando 5°.

<sup>1645</sup> CS, *Pérez con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 2313-2013). La acción de amparo aquí revisada fue interpuesta contra del Departamento de Extranjería y Migración, por la ciudadana dominicana M.P. La referida recurrente había ingresado al territorio chileno de manera clandestina en enero del año 2012, lo que derivó en un posterior requerimiento por parte de la Intendencia de Santiago. El requerimiento mencionado fue desistido en el mismo acto y, en su lugar, fue dictada la expulsión de la extranjera por Resolución N° 272, quedando sujeta a control de firmas hasta la ejecución de la medida. La accionante presentó un recurso de reconsideración administrativa que fue rechazado por la administración y; con fecha 20 de febrero de 2013, fecha en la que se presentó a firmar al cuartel correspondiente fue recluida y privada de libertad, hasta el 9 de marzo de ese mismo año, oportunidad en la que se dictó sentencia por parte de la CA. En fecha 15 de marzo de 2013, se hizo efectiva vía aérea, la orden de expulsión del territorio nacional que pesaba en su contra.

<sup>1646</sup> CS, *Pérez con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 2313-2013) considerando 7°: “Que en tales circunstancias la resolución atacada deviene en arbitraria, dada su manifiesta falta de fundamentación, y afectó la libertad personal de la amparada, que fue compelida a abandonar el país el pasado 15 de marzo del año en curso”.

<sup>1647</sup> CS, *Pérez con Departamento de Extranjería y Migración* (2013, rol N° 2313-2013) considerando 5°: “Que en este contexto, no es posible soslayar que las atribuciones que ostentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad, requerimiento que adquiere mayor relevancia si lo afectado con la medida atacada afecta el derecho fundamental tutelado por la presente acción constitucional, como lo es la libertad personal de la afectada”.

gestiones administrativas para el cumplimiento de las expulsiones, que motivan la privación de libertad<sup>1648</sup>. En este orden de ideas, la CA también se ha pronunciado respecto del cálculo de plazos para la expulsión. Así, según lo que prescribe el inciso segundo del artículo 90 del DL 1.094, la autoridad policial respectiva debe ejecutar la medida de expulsión que haya dispuesto la autoridad administrativa correspondiente, dentro del plazo de 24 horas, lapso que debe ser contado desde la notificación respectiva –si no se interponen recursos o cuando ellos no resultan procedentes–, o desde que se haya denegado el recurso interpuesto, siempre en ese mismo lapso de 24 horas<sup>1649</sup>.

Asimismo, en el caso rol N° 2309-2015, la CS se pronunció respecto de las exigencias para garantizar un procedimiento racional y justo, como mecanismos necesarios para proteger el individuo frente al poder estatal. En este contexto, la referida corte señaló que, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal<sup>1650</sup>. Añadió la CS que el acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato –y por tanto un deber– constitucional con fundamento en el artículo 6 de la CPR que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean estas regladas o discrecionales<sup>1651</sup>.

La CS también ha hecho referencia al *principio de contradicción* contemplado en el artículo 10 de la LBPA, precisando que esta normativa regula supletoriamente los trámites de revocación de permisos de residencia contenidos en la legislación migratoria vigente, ya que esta última normativa no hace referencia a tales procedimientos. Así, la CS ha señalado que el referido principio de contradictoriedad permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio<sup>1652</sup>. También se ha referido al *principio de*

<sup>1648</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 7°.

<sup>1649</sup> CA de Santiago, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013, rol N° 351-2013) considerando 7°.

<sup>1650</sup> CS, *Huerta contra Ministerio del Interior* (2015, rol N° 2309-15) considerando 3°: “Que establecido someramente el marco fáctico y normativo que fundó la medida, es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad. En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato –y por tanto un deber– constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”.

<sup>1651</sup> CS, *Huerta contra Ministerio del Interior* (2015, rol N° 2309-15) considerandos 3° y 4°: “Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso”.

<sup>1652</sup> CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-15) CS considerando 2°: “Que el Decreto de Expulsión de autos establece como fundamento de hecho que la ciudadana argentina fue detenida y puesta a disposición de la judicatura por infracción a la Ley N° 20.000, siendo condenada a la pena de cinco años y un día por tráfico ilícito de estupefacientes. Adicionalmente, la resolución menciona que se dejó sin efecto el otorgamiento de visa temporaria a la extranjera, disponiéndose su abandono del país; sin embargo, de los antecedentes aportados por la recurrida no aparece constancia alguna respecto del procedimiento seguido para



*imparcialidad* establecido en el artículo 11 de la LBPA que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos<sup>1653</sup>. Y finalmente, también ha abundado sobre el principio de *transparencia y publicidad*, recogido en el artículo 16 de la LBPA, el cual exige que se permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el procedimiento administrativo<sup>1654</sup>. Según criterio de la CS, tales principios administrativos son esenciales para asegurar que el procedimiento administrativo de expulsión –como producto de la invalidación del otorgamiento de visa temporaria– sea un procedimiento apegado a la ley<sup>1655</sup>. Respecto de este último principio, hemos de referir el criterio emitido por la CA de Santiago. Este tribunal ha sostenido que el decreto que acuerda la expulsión del inmigrante constituye un acto administrativo que, como tal, ha de ceñirse a los principios establecidos en la LBPA, específicamente, el contemplado en el inciso segundo de su artículo 11, que dispone “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”. Como reza el fallo aquí reseñado,

“Es un hecho cierto que el decreto de expulsión en contra del cual se recurre afecta el derecho del amparado al que se aludió en el primer acápite del considerando precedente, de modo que la fundamentación que requiere la norma recién citada aparece obligatoria, particularmente frente a los términos genéricos en que se encuentra redactado el artículo 15 N° 2 de la Ley de Extranjería en que se funda; no satisfaciendo este requisito la mera relación de hechos y norma legales sin explicar como por qué los primeros configuran los supuestos fácticos que hacen aplicables las segundas en este caso concreto. La ausencia de fundamentación referida vulnera, además, el principio de transparencia consagrado en el artículo 16 de la citada ley 19.880, al impedir

---

adoptar dicha decisión. Sobre ese punto, cabe destacar que la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Al no regular el procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la Ley N° 19.880, de la que interesa destacar el principio de contradictoriedad consagrado en su artículo 10 que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Finalmente, el artículo 16 de la ley recoge el principio de transparencia y de publicidad, en cuanto en el procedimiento administrativo se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En estas circunstancias, no es posible adquirir convicción en torno al cumplimiento, de parte de la autoridad administrativa, de las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos, de manera que no se erige como un fundamento atendible de la expulsión la invalidación del otorgamiento de visa temporaria a la extranjera, puesto que no se ha demostrado que dicho acto administrativo haya emanado de un procedimiento apegado a la ley”.

<sup>1653</sup> CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-2015) CS considerando 2°.

<sup>1654</sup> CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-2015) CS considerando 2°.

<sup>1655</sup> CS, *Jauregui con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5276-2015) CS considerando 2°.

el conocimiento de los fundamentos de la decisión administrativa plasmada en el decreto N° 377 que dispuso la expulsión del país del amparado”<sup>1656</sup>.

Del anterior señalamiento se desprende que el principio de transparencia está íntimamente ligado al deber de fundamentación de la medida de expulsión, lo que va más allá de una simple relación de normas y hechos.

De tales criterios se desprende la necesidad de respetar todas las garantías del debido proceso contempladas en la LBPA, aplicables supletoriamente al proceso migratorio. Aquí el caso rol N° 223-2014<sup>1657</sup> nos ofrece mayor claridad sobre el tema. Si bien el accionante adujo que se habían infringido las normas de la LBPA, toda vez que no fue debidamente emplazado, no se le permitió formular alegaciones ni tampoco aportar documentos relacionados con su actual situación en el país; la CA de Santiago entendió que el decreto de expulsión por entrada clandestina no estaba viciado de arbitrariedad ni ilegalidad, pues la resolución sí había sido dictada por la autoridad competente y actuando dentro de la esfera de sus atribuciones. El fundamento de este fallo se basó en que se habían agotado los recursos administrativos. A mayor abundamiento, la referida CA acotó que “...la sanción impuesta al amparado lo ha sido una vez cumplido el procedimiento administrativo de rigor y resuelto el recurso de invalidación deducido por la misma parte”<sup>1658</sup>.

Aquí parece oportuno revisar los pronunciamientos desarrollados por la CorteIDH respecto del deber de revisión de la medida de detención. Para este tribunal, la revisión judicial debe realizarse por parte de un juez o tribunal –garantizando con ello un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales–, sin demora, permitiendo el acceso a recursos que no solo existan formalmente en la legislación sino que sean probadamente efectivos –para cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención–, de forma tal que se garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido<sup>1659</sup>. Esta instancia de revisión debe tener un carácter prioritario y permitir identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior, siendo necesario que estos recursos judiciales tengan efectos suspensivos hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre<sup>1660</sup>.

<sup>1656</sup> CA de Santiago, *Müller con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014, rol N° 1931-2014) considerando 7°.

<sup>1657</sup> CA de Santiago, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 223-2014). En este caso el accionante había sido expulsado en 2013 por ingreso clandestino a territorio chileno.

<sup>1658</sup> CA de Santiago, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014, rol N° 223-2014) considerando 3°.

<sup>1659</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C n° 218) párr. 107: “A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro-persona*, 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”. Véase también, párr. 126, 129.

<sup>1660</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A N° 21) párr. 141: “La Corte destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta

Junto a lo anterior, también ha entendido que es necesario que las personas migrantes tengan acceso –sin discriminación– a los medios y recursos que les permitan amparar sus derechos, independientemente de su situación migratoria<sup>1661</sup>. Cuando las personas acuden a las instancias administrativas o judiciales con el riesgo de ser deportadas, expulsadas o privada de su libertad, o ante la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor –lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio– se vulneran las garantías y la protección judicial, por tanto, es deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real<sup>1662</sup>. También es fundamental que al detenido le sea notificado su derecho a la asistencia consular y a la asistencia letrada, cuya ausencia tornaría en inefectiva la posibilidad de acceder y ejercer a los recursos, implicando un menoscabo en su derecho de acceder a la justicia<sup>1663</sup>. La CorteIDH ha señalado que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”<sup>1664</sup>.

Por otra parte, también resulta orientadora la revisión de los criterios jurisprudenciales emitidos respecto de las acciones de reclamación del artículo 89 del DL 1.094. En el caso rol N° 10916-2014<sup>1665</sup> la CS sostuvo –respecto del debido proceso– que el deber de escuchar a la parte afectada permite la ponderación de todas las circunstancias involucradas con la medida de expulsión. Esto se observa en consonancia con lo señalado por la CorteIDH. Este tribunal ha entendido que cualquier autoridad –sea administrativa, legislativa o judicial– debe asegurar el debido proceso legal, que consiste *inter alia* en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Este debe asegurarse ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Además, debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio y su intangibilidad se extiende no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna. De este modo, los migrantes deben contar con la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Asimismo, respecto del derecho que tiene el afectado de una medida de expulsión a que se le resguarde el debido proceso con imparcialidad en la ejecución de dicha medida, la CA de Santiago ha señalado que “no basta poner en conocimiento del afectado los recursos que puede deducir contra la decisión, sino que es necesario que previamente se lleve a cabo un proceso en que el extranjero pueda ser oído por una autoridad que actúa con imparcialidad, y que exterioriza los razonamientos que motivan el acto administrativo terminal”<sup>1666</sup>. Así, el deber de imparcialidad se observa íntimamente ligado al resguardo del debido proceso. De hecho, en el caso rol 5229-2015 la CS ha acotado que “el acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato –y por tanto un deber –

---

instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior”. También, véase párr. 142, 206.

<sup>1661</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A N° 18) párr. 107.

<sup>1662</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003, serie A N° 18) párr. 126.

<sup>1663</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C N° 218) párr. 254.

<sup>1664</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C N° 218) párr. 146.

<sup>1665</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014).

<sup>1666</sup> CA de Santiago, *Rojas con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015, rol N° 2083-2015) considerando 3°.

constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”<sup>1667</sup>. De estos pronunciamientos se extraen criterios que apuntan a asegurar el resguardo de los derechos humanos sin actuaciones discriminatorias, asegurando el debido proceso durante la expulsión.

La CorteIDH también se ha referido a la obligación de poner a la persona privada de libertad migrante a disposición de autoridad judicial competente, como un requisito del debido proceso en la detención. Así, ha precisado que esta exigencia de *ser llevado sin demora ante un juez* u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales implica que el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe 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<sup>1668</sup>. Esta comparecencia debe efectuarse conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal<sup>1669</sup>, sin demora, ante un funcionario autorizado por la ley que cumpla con las características de imparcialidad e independencia<sup>1670</sup>— quien debe estar facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria— 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<sup>1671</sup>. Y también hemos de recordar aquí que el Comité de los

<sup>1667</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015) considerando 6°.

<sup>1668</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loo vs. Panamá* (2010, serie C N° 218) párr. 109; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, serie C N° 251) párr. 139.

<sup>1669</sup> CorteIDH, *Caso Bayarri vs. Argentina* (2008, serie C N° 187) párr. 67.

<sup>1670</sup> Requisitos que también se aplican a las decisiones de órganos administrativos, véase CorteIDH: *Caso Vélez Loo vs. Panamá* (2010, serie C N° 218) párr. 108; CorteIDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001, serie C n° 71) párr. 71: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo<sup>47</sup>. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

<sup>1671</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A N° 21) párr. 198: “De conformidad con lo preceptuado en los artículos 7.5 de la Convención Americana y XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Esta Corte ya ha interpretado 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”; CorteIDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014, serie C n° 282) parr. 372; “A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante también “Convenio Europeo”), la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de

Derechos del Niño, ha señalado que el Estado debe reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta<sup>1672</sup>. También ha agregado que es deber de los Estados el de asegurar que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso migratorio donde estén involucrados. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente<sup>1673</sup>.

En el caso signado bajo el rol N° 10916-2014<sup>1674</sup> se añadieron otros pronunciamientos interesantes. La CS hizo hincapié en el deber de respetar las garantías del debido en el ámbito administrativo. De este modo lo ha señalado: “...aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato –y por tanto un deber– constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”<sup>1675</sup>.

Recurriendo a la anterior línea argumentativa, la CS ha sostenido que la autoridad migratoria debe revocar el visado de permanencia definitiva antes de proceder a decretar una

---

la Convención con base en las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por ende, “en virtud del principio *pro persona*, 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”. Este Tribunal ha considerado que, a fines de 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”. Por su parte el párr. 274 reza: “Las privaciones de la libertad de los miembros de las familias Jean, Fils-Aimé y Medina, y de Bersson Gelin y Rafaelito Pérez Charles, duró un breve período de varias horas. Dicha privación de libertad se prolongó por un período inferior a las 48 horas correspondientes al plazo establecido por la Constitución para la presentación del detenido ante una autoridad judicial competente. Sin embargo, el cese de la privación de libertad de las presuntas víctimas no se produjo por su liberación en territorio dominicano, sino que se dio en el momento en que los agentes estatales las expulsaron del territorio dominicano, sin que las personas referidas fueran puestas ante una autoridad competente que, en su caso, pudiera decidir la eventual procedencia de su libertad. Por ende, en el caso se vulneró, en perjuicio de los miembros de las familias Jean, Fils-Aimé, Medina, y de Bersson Gelin y Rafaelito Pérez Charles el artículo 7.5 de la Convención”.

<sup>1672</sup> NACIONES UNIDAS (2009) párr. 15.

<sup>1673</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A N° 21) párr. 122: “Resulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños. En esta línea, es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión”.

<sup>1674</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014).

<sup>1675</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerando 6°.

orden de expulsión. Nos estamos refiriendo a lo sostenido por la CS en el rol N° 5229-2015<sup>1676</sup>. Citando textualmente sus razonamientos, este tribunal ha señalado que “...no se puede afirmar que se ha ajustado a estos parámetros la decisión de expulsar al reclamante, desde que no ha sido previamente revocado su permiso de permanencia definitiva en el contexto de un procedimiento administrativo que se haya tramitado con pleno respeto al debido proceso y de los principios que gobiernan la actuación administrativa y que incorporan la participación del administrado y el conocimiento de los fundamentos de las decisiones como pilar fundamental”<sup>1677</sup>. Este requerimiento se traduce en un resguardo del debido proceso durante la expulsión.

Otro aspecto interesante del fallo pronunciado en el caso rol N° 5229-2015 se encuentra en la incorporación que hace la CS de los instrumentos internacionales –en materia de derechos humanos– dentro de sus argumentos, para propender a la defensa del debido proceso. Citando lo preceptuado por el PIDCP en su artículo 13, esta corte ha sostenido que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”<sup>1678</sup>.

Esta corte también hizo referencia textual a lo contenido en la Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999, en sus párrafos 14 y 15; y, al artículo 22 N° 4 de la CTMF. Recordemos que la CorteIDH, de modo similar, ha precisado que nadie puede ser sometido a detención por causas y métodos que –aunque estén 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. En este sentido, cualquier restricción o privación de la libertad debe ajustarse a las causas y a los procedimientos establecidos de antemano en la legislación interna a fin de ejecutar un procedimiento migratorio formal. La CorteIDH ha señalado la necesidad de que se controle la *legalidad de la detención* por una autoridad judicial competente, así como los méritos de esta con el fin de evitar la *arbitrariedad en la detención*. Respecto de la *legalidad de la detención*, ha señalado que en los centros de detención policial se debe contar con un registro de detenidos. Y en cuanto al concepto de *arbitrariedad*, el reseñado tribunal ha precisado que esta noción debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.

En el caso antes indicado<sup>1679</sup>, esta corte también se pronunció respecto de las facultades discrecionales conferidas a la autoridad migratoria por el DL 1.094. Para la CS, tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir. Sin embargo, “...jamás

<sup>1676</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015).

<sup>1677</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015) considerando 6°.

<sup>1678</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerando 8°.

<sup>1679</sup> CS, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015, rol N° 5229-2015).

puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso”<sup>1680</sup>. En este contexto, la aplicación supletoria de la LBPA en los asuntos migratorios también se configura como una herramienta para asegurar el resguardo del debido proceso. Según lo sostuvo la CS – en el caso rol N° 10916-2014–, la CPR en su artículo 19, numeral 26, dispone que “...sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar una afectación en el ejercicio de derechos fundamentales y en tal caso, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad administrativa que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace ‘deberán siempre expresarse’, de acuerdo al inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos”<sup>1681</sup>.

En el caso rol N° 3867-2010<sup>1682</sup> se observa una prevención efectuada por el Ministro señor Dolmestch. Según sus argumentos, en la emisión del decreto de expulsión impugnado no se cumplió con el deber de fundamentación que exige el debido proceso al no contemplar debidamente los presupuestos legales que habilitan a la autoridad para actuar como lo hizo. Ello porque la segunda causal alegada para la expulsión –relativa a que la accionante se encontraría en ‘situación irregular en el país’– no estuvo debidamente plasmada en el referido Decreto de Expulsión. Dicho decreto solo se limitó a aludir dicha circunstancia y a citar el artículo 71 del DL 1.094, en conjunto con otras normas jurídicas atingentes al caso, sin establecer debidamente los presupuestos que habilitan a la autoridad para actuar como lo hizo, en relación a esa materia. De este modo, en opinión del aludido ministro, esta falencia dejó “...la decisión desprovista del debido marco fáctico-jurídico que en tal sentido la justifique, infringiendo así el artículo 8° de la Constitución Política de la República que obliga a los titulares de quienes ejercen funciones públicas a fundamentar sus resoluciones”<sup>1683</sup>.

Otros pronunciamientos respecto de este deber de fundamentación que debe asegurarse en el contenido de Decreto de expulsión, los encontramos en el *voto en contra* efectuado por el ministro señor Dolmestch, en el caso signado con rol N° 3923-2010<sup>1684</sup>. Este ministro sostuvo que, si bien se ha tenido presente –en el referido decreto de expulsión– el hecho de existir un contrato, no se incorporó el artículo 75 del DL referente a la imperativa expulsión, sino que sólo se hace referencia al artículo 71 que establece una facultad para el Ministerio del Interior cuando la persona permanece en el territorio sin visa de residencia.

<sup>1680</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerando 7°.

<sup>1681</sup> CS, *Schaffrik con Policía de Investigaciones* (2014, rol N° 10916-2014) considerando 7°.

<sup>1682</sup> CS, *Lenti con Policía de Investigaciones* (2010, rol N° 3867-2010).

<sup>1683</sup> CS, *Lenti con Policía de Investigaciones* (2010, rol N° 3867-2010) prevención de ministro: “Se previene que el Ministro señor Dolmestch, para acoger el reclamo de autos, tuvo presente que la segunda causal esgrimida por el Ejecutivo en su informe de fojas 36 y siguientes para expulsar a la recurrente del país, relativa a que ésta se encontraría en ‘situación irregular en el país’ desde el 29 de agosto de 2009, no se encuentra debidamente plasmada en el Decreto de Expulsión de fojas 34, el que se limita a aludir dicha circunstancia y a citar el artículo 71 de la Ley de Extranjería, en conjunto con otras normas jurídicas atingentes al caso, sin establecer debidamente los presupuestos que habilitan a la autoridad para actuar como lo hizo, en relación a esa materia, dejando la decisión desprovista del debido marco fáctico-jurídico que en tal sentido la justifique, infringiendo así el artículo 8° de la Constitución Política de la República que obliga a los titulares de quienes ejercen funciones públicas a fundamentar sus resoluciones”.

<sup>1684</sup> CS, *Pérez con Departamento de Extranjería y Migración* (2010, rol N° 3923-2010).

Por ello, con la omisión de “...esa norma en la resolución impugnada se incurre en la falta de fundamentos que repugna al debido proceso administrativo<sup>1685</sup>. En este caso, este criterio señala la necesidad de indicar la norma que da fundamento a la expulsión para cumplir con estas garantías del debido proceso.

Otros requisitos desarrollados por la CorteIDH merecen ser reiterados en este aparte. Este tribunal ha acotado el deber de informar al detenido de los motivos y razones de la detención, lo que implica hacerlo en forma oral o escrita sobre las razones de la detención junto a la notificación, por escrito de los cargos<sup>1686</sup>. También se ha referido al idioma que se utiliza para informar al detenido. Este debe ser uno que este comprenda –en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor, el detenido deberá ser asistido por un traductor o intérprete– y, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad mediante el cual se le suministre toda la información necesaria en relación con sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer<sup>1687</sup>.

Respecto de la asistencia letrada, la jurisprudencia emitida por la CorteIDH es bastante prolífica. Esta asistencia letrada debe ser especializada, tanto en los derechos que

<sup>1685</sup> CS, *Pérez con departamento de Extranjería y Migración* (2010, rol N° 3923-2010) voto en contra.

<sup>1686</sup> CorteIDH: *Caso Lysias Fleury* (2011, serie C N° 236) párr. 60: “En un caso en que se alegue la violación del artículo 7.4 de la Convención, se deben analizar los hechos bajo el derecho interno y la normativa convencional, puesto que la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce” y dado que el derecho contenido en aquella norma implica dos obligaciones: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, por escrito, de los cargos<sup>45</sup>. En el presente caso, el Estado no informó al señor Fleury de las “razones” de su detención ni le notificó los “cargos” en su contra, por lo que, además de ilegal (supra párr. 56), su detención constituyó una violación del derecho reconocido en el artículo 7.4 de la misma”; CorteIDH, *Caso J. Vs. Perú* (2013, serie C N° 275) párr. 149: “Como se desprende del párrafo 129 supra, el derecho interno exige que “[t]oda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención”. En el mismo sentido, el artículo 7.4 de la Convención Americana alude a dos garantías para la persona que está siendo detenida: 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<sup>251</sup>. La información de los “motivos y razones” de la detención debe 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. Asimismo, esta Corte ha señalado que 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 y que no se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal. En la medida en que se encuentra previsto en una norma interna que no se encontraba suspendida (supra párr. 129 y 132), si la persona no es informada adecuadamente de las razones de la detención, incluyendo los hechos y su base jurídica, no sabe contra cuál cargo defenderse y, en forma concatenada, se hace ilusorio el control judicial. Si se establece que el Estado no informó a las víctimas de las “causas” o “razones” de su detención, la detención será ilegal y, por ende, contraria al artículo 7.2 de la Convención, pero además constituirá una violación del derecho consagrado en el artículo 7.4 de la misma”.

<sup>1687</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A N° 21) párr. 197: “Al respecto, 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. Especialmente, deberá informársele sobre su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor. Aunado a ello, 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”.



asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad<sup>1688</sup>. Y respecto de la asistencia consular en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo, se ha indicado que el derecho a esta asistencia debe ser notificada al detenido, y podrá incluir 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 que guarda el procesado mientras se halla detenido<sup>1689</sup>. También ha referido que “Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal”<sup>1690</sup>.

La CorteIDH consagró el derecho a la información sobre la asistencia consular como un derecho individual de la persona extranjera detenida<sup>1691</sup>. El detenido debe ser notificado de su derecho a establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o *un funcionario consular*, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado<sup>1692</sup>. Este contempla: a) ser notificado del derecho a la asistencia consular, b) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y c) el derecho a la asistencia misma; con el objetivo de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas<sup>1693</sup>. A continuación, y a fin de ayudar con la visualización de los anteriores criterios, se presenta una versión resumida y compilada de esta sección en la siguiente Tabla N° 33.

---

<sup>1688</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC 21/2014* (2014, serie A N° 21) párr. 131: “Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte”.

<sup>1689</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A N° 16) párr. 86 reza: “Si el Estado que envía decide brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 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 que guarda el procesado mientras se halla en prisión.”

<sup>1690</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A N° 16) párr. 120.

<sup>1691</sup> CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999, serie A N° 16).

<sup>1692</sup> CorteIDH, *Caso Tibi contra Ecuador* (2004, serie C N° 114) párr. 112; CorteIDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005, serie C N° 129) párr. 125.

<sup>1693</sup> CorteIDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010, serie C N° 218) párr. 152, 153; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (2012, serie C N° 251) párr.165.

**TABLA N° 33.**  
**Criterios jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia chilenos sobre el derecho al debido proceso**

Objeto de protección	Disposiciones aplicadas	Criterios jurisprudenciales
<p>Libertad personal: privación de libertad debe ser una medida excepcional y debe tener un claro sustento legal.</p>	<p>Artículos 1, 5, 19.7 y 21 de la CPR; Artículo 7 de la CADH; Artículo 9 del PIDCP</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, en tanto que la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, cuyo propósito es proteger ese derecho de los abusos de poder y de las arbitrariedades.</li> <li>• La libertad es un derecho fundamental cuya privación está sometida a <i>estándares rigurosos</i> y a un control judicial efectivo.</li> </ul>
<p>Debido proceso: derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo y derecho de asistencia jurídica gratuita.</p>	<p>Artículos 1 y 95 de la CPR; Artículos 10, 11 y 16 de la LBPA, Artículo 90 del DL 1.094, Artículo 176 del Reglamento de Extranjería. Artículo 13 del PIDCP. Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus párrafos 14 y 15; y, artículo 22 N°</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El ejercicio de una facultad discrecional no exime a la autoridad o funcionario del respeto de derechos constitucionalmente garantizados, como son el debido proceso y la libertad personal, por lo cual la restricción a estos derechos en uso de tal potestad debe interpretarse restrictivamente, revocando la decisión en base a un estándar de proporcionalidad y razonabilidad, que pondera las circunstancias particulares que rodean el caso.</li> <li>• El ejercicio legítimo de las atribuciones por parte de la autoridad migratoria exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.</li> <li>• El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato –y por tanto un deber– constitucional.</li> <li>• El deber de escuchar a la parte afectada permite la ponderación de todas las circunstancias involucradas con la medida de expulsión.</li> <li>• Aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal.</li> </ul>

	4 de la CTMF.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Es resguardo del debido proceso exige que la autoridad migratoria revoque el visado de permanencia definitiva antes de proceder a decretar una orden de expulsión.</li> <li>• Sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar una afectación en el ejercicio de derechos fundamentales y en tal caso, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad administrativa que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace ‘deberán siempre expresarse’, de acuerdo al inciso segundo del artículo 11 de la LBPA.</li> <li>• El decreto de expulsión debe cumplir con el deber de fundamentación que exige el debido proceso, contemplando debidamente los presupuestos legales que habilitan a la autoridad para actuar.</li> </ul>
--	---------------	---

No obstante, no dejan de ser enriquecedores los criterios emanados de otras latitudes por parte del TJUE en este tema<sup>1694</sup>. En este contexto, resulta oportuno tener en cuenta los siguientes aportes: a) Cualquier internamiento previo a la expulsión debe ser de una duración lo más corta posible y sólo se ha de mantener mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión, debiendo finalizar el internamiento cuando dejen de cumplirse las condiciones que justifican el mismo o no exista ya perspectiva razonable de expulsión. Esa perspectiva razonable no existirá cuando sea improbable que la persona haya de ser admitida en un tercer país; b) La autoridad judicial debería poder pronunciarse sobre la posibilidad de sustituir el internamiento por una medida menos gravosa o sobre la posibilidad de la puesta en libertad del inmigrante detenido; c) El hecho de que la persona en cuestión no tenga un documento de identidad válido no justifica la prolongación de la detención y no constituye por sí solo un *riesgo de fuga*; d) Las autoridades competentes deben disponer de un plazo, ciertamente breve pero razonable, para identificar a la persona controlada y para investigar los datos que permitan determinar si esa persona es nacional de un tercer país en situación irregular; e) Según criterio del TJUE, el período máximo de detención es improrrogable; f) Sobre la asistencia jurídica gratuita, el inmigrante podrá recurrir a un letrado para que le asista cuando preste declaración ante la autoridad competente; g) El respeto del derecho a ser oído –en relación con las decisiones de retorno y de internamiento como parte del derecho a la defensa– es exigible incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad; h) Respecto de la exigencia de una decisión adoptada por escrito, el TJUE ha precisado que tal requerimiento se refiere también necesariamente a cualquier decisión sobre la prórroga del internamiento, debido, por una parte, a la naturaleza análoga del internamiento y de la prórroga de este, ya que ambos tienen como consecuencia privar de libertad al nacional del tercer país para preparar su retorno y/o ejecutar el proceso de expulsión, y, por otra parte, a que, en ambos casos, dicho nacional debe poder conocer los motivos de la decisión adoptada respecto a él; i) El recurso

<sup>1694</sup> Se advierte que cada vez que se hace referencia a los criterios jurisprudenciales del TJUE, estos han sido extraídos de la revisión jurisprudencial previamente efectuada en la PARTE PRIMERA, Capítulo II, secciones 1 y 2 de esta tesis doctoral.

debe tener efectos suspensivos cuando la ejecución de la expulsión pudiera derivar en un perjuicio serio e irreparable, como el que se podría producir en el caso de exponer a la persona de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, caso en los que debe considerarse el principio de no devolución.

También revisten de interés complementario los criterios emitidos por el TEDH sobre este tema<sup>1695</sup>. En relación con el resguardo del derecho a la libertad personal, la opinión del TEDH no se ha hecho esperar. En una revisión amplia de este derecho, el referido tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal es irrenunciable y relevante, cuya protección procede aun cuando los afectados de la medida ya están detenidos y se extiende incluso a los menores de edad. También ha señalado que el procedimiento debe ser justo y no arbitrario. Por ello, la privación de libertad exige sustento en una clara base legal. A fin de garantizar este derecho resulta necesario que la medida se ajuste a una previsión legal clara, cuyo contenido defina cuál es el procedimiento por seguir para ordenar y extender la detención, así como su prorroga. En este sentido, el internamiento debe ser una medida excepcional —e incluso de último recurso— supeditada al respeto del principio de proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos perseguidos, como una medida que debe ser adecuadamente motivada tras haber descartado las otras posibles alternativas. Para este tribunal, la privación de libertad por una infracción administrativa es una sanción máxima, debiendo optarse por otras medidas preventivas de menor gravedad. Además, el tiempo de duración de la detención debe ser el mínimo posible, respetando la obligación de ser informado de los motivos de la detención, así como de disponer de un recurso efectivo para la revisión de la detención, y es deber de los funcionarios el actuar con diligencia y celeridad mientras se revisa la medida, máxime cuando ello incide negativamente en la duración de la detención y en su indebido retardo.

Respecto del derecho a un recurso efectivo también se ha pronunciado el TEDH. Su resguardo produce una conexión entre el principio de audiencia y el del respeto de la persona que en un asunto que le concierne no tome otro la decisión sin darle ocasión de manifestarse. Asimismo, el TEDH también se ha pronunciado respecto del derecho a ser oído, señalando que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia. Respecto de la asistencia jurídica gratuita, ha indicado que esta garantía procesal no implica un deber por parte del Estado de financiar la igualdad total de armas durante el proceso.

---

<sup>1695</sup> Se advierte que cada vez que se hace referencia a los criterios jurisprudenciales del TEDH, estos han sido extraídos de la revisión jurisprudencial previamente efectuada en la INTRODUCCION, sección 2.3.1 de esta tesis doctoral.

## CONCLUSIONES

### Sumario

1. El modelo internacional de protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Aportes.
  - 1.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 1.2. Del derecho a la vida privada y familiar
  - 1.3. Del derecho al debido proceso
  
2. El modelo de la Unión Europea y la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Luces y sombras.
  - 2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 2.3. Del derecho al debido proceso.
  
3. El modelo migratorio chileno y la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Omisiones.
  - 3.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 3.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 3.3. Del derecho al debido proceso.
  
4. Hacia otro modelo migratorio en Chile para la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Propuestas.
  - 4.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.
  - 4.2. Del derecho a la vida privada y familiar.
  - 4.3. Del derecho al debido proceso.

Tengamos presente que esta investigación se circunscribe en un escenario en el cual la movilidad humana se ha acrecentado, haciendo imprescindible dotar a la regulación estatal de mecanismos jurídicos que velen por la protección de la dignidad de la persona sin importar su nacionalidad o estatus migratorio dentro de las fronteras del Estado. En este orden de ideas, debemos rememorar que el objetivo principal bajo el cual se ha desarrollado esta investigación ha sido analizar los parámetros de protección de los derechos humanos de las personas migrantes en el derecho de la UE, así como su interpretación y aplicación en el ámbito interno respecto de los procedimientos de detención y expulsión para una adecuada garantía de estos, de manera tal que –tras un contraste con la realidad del sistema jurídico chileno– se puedan extraer propuestas para la mejora de este último.

Por ello, nos hemos centrado en los tres derechos fundamentales que en el ámbito de procesos de detención y expulsión debiesen ser resguardados con acuciosidad. Estos son: el derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; el derecho a la vida privada y familiar; y, el derecho al debido proceso. Nos hemos enfocado en estos tres derechos, ya que durante la detención previa a la expulsión resulta preponderante asegurar las condiciones mínimas de detención para que no se viole el derecho del

detenido –en este caso el inmigrante– a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Y, además, debe asegurarse la salvaguarda de su derecho a la vida privada y familiar junto al resguardo de su derecho a un debido proceso, tanto en la detención administrativa como en la expulsión. Siguiendo esta orientación, en la primera parte de esta investigación se ha identificado el aporte específico de la UE en la protección de los inmigrantes ante la detención y expulsión, así como la interpretación y aplicación de ese derecho a nivel de la UE. También se ha revisado el sistema jurídico chileno y la aplicación de este derecho a nivel nacional. Por ello, al acercarnos al término de esta investigación, hemos de puntualizar los aportes del derecho internacional y el derecho de la UE a la regulación de los derechos humanos de las personas migrantes en procesos de detención y expulsión, así como las falencias del sistema jurídico chileno y las propuestas para este último en base al análisis contrastado efectuado.

### **1. El modelo internacional de protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Aportes.**

La revisión de los diversos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y sus disposiciones relativas a la obligación de garantizar estos en relación con las personas migrantes, nos permite efectuar el siguiente resumen metódico, atendiendo a los aportes del modelo internacional (véase, *Introducción, apartado 2. La obligación de garantizar los derechos de los inmigrantes en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*).

**A.** El resguardo de los derechos humanos descansa en el fundamento de la *dignidad humana*, entendida como un concepto normativo fundamental y sustantivo. La dignidad humana asiste a los inmigrantes, quienes gozan de la protección de sus derechos más básicos por el solo hecho de *ser persona*. Por tanto, en el contexto de la detención con fines de expulsión, toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad y apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este marco de ideas, el derecho a la integridad personal y a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentra reconocido en el ámbito internacional como un derecho absoluto y norma con carácter de *ius cogens*. Por tanto, el llamado es a velar por las condiciones relativas a la detención y expulsión de inmigrantes, a fin de evitar que estas deriven en tratamientos degradantes e inhumanos o, inclusive, en la más grave expresión de estos tratos, la tortura en sí misma. Por su parte, el derecho a la vida privada y familiar asiste a toda persona y es particularmente relevante para la protección de la niñez en el contexto de la detención de menores y protección del grupo familiar. En este ámbito también cobra importancia el resguardo de los derechos de las mujeres migrantes. Este derecho puede verse conculcado en los procesos de detención en los que se ventilan casos de menores no acompañados, o que, estando acompañados de sus padres luego son separados de estos durante los procedimientos de detención. Ello también se observa respecto de la detención y expulsión de mujeres migrantes. Y tales actuaciones incrementan su vulnerabilidad. Pero no se trata de un derecho absoluto, estando sujeto a limitaciones autorizadas por la ley. Por último, el derecho a la libertad personal también puede ser restringido bajo la exigencia de una previsión legal que autorice la detención y siempre que ésta no devenga en arbitraria. De ahí que se haya configurado el derecho al debido proceso en la detención, cuya aplicación se extiende al contexto de la detención de inmigrantes y su expulsión.

**B.** En la configuración actual del derecho internacional el hombre ha dejado de ser un mero objeto del derecho para ser el *sujeto* de su protección. Así, los derechos humanos y el resguardo de la dignidad se han convertido en parte de la agenda mundial de los Estados. En este contexto, se ha conformado el SUDH a través de una serie de instrumentos internacionales contentivos de importantes principios jurídicos y disposiciones en materia de derechos humanos. Se trata de un sistema autónomo respecto de los sistemas estatales y que persigue la protección de los derechos del individuo, mediante la actuación de sus órganos y mecanismos internos. Respecto de su configuración, hemos observado que el marco jurídico y normativo relativo a la protección de los derechos humanos de los migrantes internacionales no se encontrará en un solo tratado o mecanismo, sino más bien difundido en un inestimable conjunto de instrumentos y principios conexos. De acuerdo con estos instrumentos, la inmigración no es *actualmente* un derecho humano en sí mismo. Pero, los migrantes, como a toda persona, y con base en el principio rector de igualdad y no discriminación, les son aplicables los instrumentos generales de protección de derechos humanos. Así, esta protección se observa en un catálogo de tratados o instrumentos internacionales extenso, cuya aplicación se extiende a los inmigrantes, en *pro* de la protección de los derechos humanos que son más susceptibles a ser vulnerados durante la detención y expulsión de inmigrantes. Por su parte, en el continente europeo también se ha instaurado el SEDH, organización intergubernamental para promover, entre otras cosas, el estado de derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Este sistema regional también está conformado por diversos instrumentos internacionales que, junto a diversos órganos y mecanismos, tienen como objetivo primordial la protección de los derechos humanos. Estos instrumentos también contienen una serie de derechos y libertades que deben ser respetados por los Estados miembros, quienes se comprometen a observarlos respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Con similares objetivos se ha configurado, en el continente americano, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este sistema regional de protección también cuenta con un conjunto de instrumentos internacionales, estatuidos a fin de consolidar un marco jurídico internacional que brinde protección a los derechos humanos.

**C.** La labor interpretativa de los instrumentos internacionales por parte de las cortes regionales tiene un papel primordial en la tarea de brindar protección a los derechos humanos de los inmigrantes. Estas cortes regionales vigilan por la correcta aplicación de estos estándares en el derecho nacional por parte de los Estados miembros. Para ello, los Estados hacen uso del margen de apreciación nacional respecto de la aplicación de las previsiones contenidas en los instrumentos internacionales. Pero este margen de apreciación es variable, dependiendo de la región. En efecto, a nivel de los órganos del SEDH, la construcción del margen de apreciación se observa poco densa y muy susceptible de aplicaciones diversas que rayan en lo contradictorio. En este ámbito regional no es fácil encontrar en la jurisprudencia una caracterización más precisa, salvo que se trata de cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de las obligaciones impuestas por el CEDH. Así, ante un exceso que aparentemente sea legítimo, se aboca la supervisión europea. Por el contrario, en el SIDH se ha notado un incremento en la avenencia de la CorteIDH a la supervisión respecto de la aplicación de los instrumentos internacionales por parte de los Estados miembros. Así, se le ha visto como defensora de los derechos humanos en la región respecto de violaciones de derechos humanos de todo tipo, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, violaciones de los

derechos de los inmigrantes indocumentados, violaciones de derechos de los pueblos indígenas, desapariciones forzadas. Empero, el problema con el margen de apreciación deriva de la ausencia de algún tratado que precise con claridad los límites para su aplicación a nivel nacional. Ello justifica la necesidad de un órgano de monitoreo supranacional que constantemente supervise su aplicación, evitando así los excesos en los que puedan incurrir los Estados. Este último debiera actuar de buena fe en el empleo de esta discrecionalidad. Sin embargo, el aumento del poder de revisión judicial, ejercido por los tribunales internacionales sobre los responsables nacionales de tomar decisiones, plantean una serie de problemas, principalmente relacionados con la legitimidad y la capacidad. Pese a ello, se ha configurado una prolífera jurisprudencia internacional, cuyo estudio permite dilucidar los criterios más preponderantes respecto del estándar de protección reconocido a estos derechos. Su revisión nos apuntala el norte respecto de la conformación de un marco normativo y jurisprudencial que servirá de referencia para entender el estándar de protección al que debe aspirar el derecho de la UE en el ámbito migratorio. A su vez, de este se pretende extraer una serie de parámetros que permitan complementar y aportar soluciones al derecho migratorio chileno.

### **1.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

**A.** Este derecho se encuentra plenamente reconocido en la DUDH. Se trata de una protección absoluta que no admite ningún tipo de excepción. De acuerdo con la interpretación de sus previsiones, la violación del derecho de las personas a la integridad física y mental tiene diferentes niveles -según se trate de algún tipo de abuso o trato cruel, inhumano o degradante o su mayor expresión, la tortura- cuyas consecuencias físicas y mentales varían en intensidad. Por su parte, el PIDCP contiene esta prohibición en los mismos términos que la DUDH, pero agrega previsiones en relación con el sometimiento sin el libre consentimiento del individuo a experimentos médicos o científicos. Muy asociado con la protección de este derecho, se observan las previsiones del PIDESC en lo relativo al disfrute del más alto nivel de salud posible. Por aplicación extensiva, este derecho debiera ser garantizado al inmigrante durante la detención administrativa y las condiciones bajo las que esta se desarrolla. Ello se desprende del deber que tienen los Estados de velar por un acceso efectivo a un nivel básico de atención de la salud, sin discriminación alguna e independientemente de su situación migratoria. En este orden de ideas, el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano, sino libertades y derechos, de suerte tal que, toda persona privada de libertad tenga derecho a que se le practique un examen médico o psicológico. Ello debe efectuarse inmediatamente después de su ingreso al centro de detención, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, asegurando tratamiento de cualquier problema significativo de salud. La CCT abunda aún más sobre esta protección. Así, se observan aportes significativos respecto del principio de *no devolución*. Ello se traduce en garantías para la protección del expulsado contra este tipo de tratos prohibidos. Por último, la CTMF precisa que los trabajadores migratorios privados de libertad tienen derecho a ser tratados con humanidad. De su interpretación se ha señalado que: a) Los Estados deben garantizar condiciones de detención adecuadas de conformidad con las normas internacionales aplicables, velando por que los inmigrantes detenidos no sean sometidos a ninguna forma de trato inhumano, incluidos la violencia y los abusos sexuales, por los guardias u otros detenidos o reclusos; b) Se reafirma el carácter no penal de la detención administrativa; c) Los inmigrantes que sean detenidos por violación de las disposiciones



sobre migración, deber ser alojados en centros especiales específicamente diseñados para tales propósitos –sin mayores restricciones ni en condiciones más severas que las requeridas para garantizar la seguridad de su custodia y el mantenimiento del orden–, debiéndose implementar inspecciones independientes para impedir casos de tortura y otras formas de malos tratos y abusos debido a su particular vulnerabilidad en que se encuentran los inmigrantes detenidos. En la protección de la dignidad humana, los detenidos por inmigración pueden estar reclusos en instalaciones de detención gubernamentales o en instalaciones de propiedad y gestión privadas, así como las cárceles locales y prisiones– si se asegura que todas estas instalaciones funcionen bajo estándares que garanticen la debida protección y trato humano hacia el detenido. Además, contiene una cláusula específica de no discriminación: los inmigrantes que estén detenidos o presos gozarán de los mismos derechos que los nacionales del Estado.

**B.** La revisión de los instrumentos que conforman el SEDH, junto a la interpretación de estos por parte de sus comités y demás órganos, resultan de interés a fin de obtener aportes innovadores sobre el tema. Un aspecto de interés lo constituye lo señalado por el CPT, al establecer una distinción entre tortura y malos tratos, por una parte, y tratos inhumanos y degradantes, por la otra, reservando a la primera categoría aquellas formas de violencia física o psicológica empleadas de forma a deliberada y que pretenden la obtención de una confesión o carta información o para humillar o castigar; en tanto que en la segunda categoría se incluyen ciertas condiciones materiales de detención consideradas en conjunto o de forma aislada. Este derecho es entendido como un parámetro de control de las condiciones de detención, especialmente precarias cuando nos referimos a los extranjeros que están pendientes de una expulsión. También, comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. Su respeto está en íntima relación con la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Este es otro aporte interesante respecto de lo que debiera comprender la protección de la salud del detenido con miras a su expulsión. La interpretación de las previsiones de este convenio impone que, como mínimo, se asegure la presencia en los centros de inmigrantes irregulares detenidos de una persona con una cualificación de enfermería reconocida. Este personal debe realizar la detección médica inicial de recién llegados, recibir solicitudes para ver a un médico, garantizar la provisión y distribución de medicamentos, supervisar las condiciones generales de higiene y observar la confidencialidad médica según la cual, los archivos médicos de los migrantes irregulares no deben ser accesibles al público, sino que deben mantenerlos bajo custodia y confidencialidad. Además, los inmigrantes irregulares detenidos deben ser plenamente informados sobre el tratamiento médico que se les ofrece. En estas previsiones se hace patente una mayor precisión y abundamiento respecto de los parámetros para la protección de la salud del inmigrante detenido, en comparación con las previsiones del SUDH que son de índole más genérica. Otra contribución de utilidad se observa en la Convención de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Este instrumento extiende la aplicación del principio de *no devolución* a las mujeres necesitadas de protección, con independencia de su condición o lugar de residencia. En ello estriba la importancia de estas disposiciones, dado que en muchos casos se prioriza la expulsión de la mujer migrante por encima del resguardo de sus derechos.

**C.** El examen comparativo de los instrumentos que conforman el SIDH también permite la verificación de otras contribuciones en este ámbito. Así, si bien la DADH no contiene una prohibición específica de la tortura como ocurre con los otros instrumentos que conforman el SUDH y el SEDH, en su redacción se garantiza a todo ser humano el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Si bien se trata de previsiones genéricas, no obstante, estas han establecido el cimiento para su posterior desarrollo en instrumentos de tipo específico. En tanto, la CIPTS –a diferencia del CPT en el SEDH– define la tortura, pero no la distingue de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, algunos aportes orientadores se desprenden de lo interpretado por la CIDH: a) La ocupación de establecimientos por encima del número de plazas establecido debe ser prohibida por la ley y cuando ello se traduce en la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante, por lo que la ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier de estas situaciones; b) Todas las instalaciones deben mantenerse con los mismos estándares pero, se debe asegurar la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales; c) Las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privadas de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales; d) La privación de libertad incluye cualquier forma de detención de personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, entre otros; e) Las personas privadas de libertad tienen derecho a la salud, lo que incluye, entre otros, el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, y se deberá respetar la autonomía de los pacientes respecto de su propia salud, así como el consentimiento informado en la relación médico–paciente. Resultan dignas de encomio las labores interpretativas de la CIDH y su énfasis respecto de las condiciones que deben asegurarse en *pro* de la protección del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y su protección durante la detención administrativa de inmigrantes.

**D.** También resultan interesantes los criterios interpretativos del TEDH. Este órgano ha sido prolífico en la producción de criterios jurisprudenciales respecto del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Profundizando en criterios respecto de los parámetros diferenciadores contenidos en la CPT –relativos a la distinción entre tortura y malos tratos por una parte y tratos humanos y degradantes por la otra y sintetizados en la letra B de esta sección– el criterio del TEDH resulta enriquecedor.

**D.1.** En este contexto, el TEDH ha precisado que: a) Se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala, en la que se inflige sufrimiento físico o psíquico tendiente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos), graduación en la que la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes; b) La tortura no puede ser más que un tratamiento inhumano y degradante, y todo tratamiento inhumano es, asimismo, degradante; c) Estas graduaciones pueden variar en el futuro. Además, interpretando el derecho a la integridad personal contenido en el CEDH, este

tribunal ha precisado –respecto de las condiciones de habitabilidad y permanencia de los Centros de internamiento– que: a) El artículo 3 del CEDH comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención; b) Para valorar la existencia o no de alguna violación del CEDH es fundamental tomar en consideración el conjunto de circunstancias presentes en cada caso; c) La privación de libertad de una persona en una zona de tránsito sin que nadie se haga cargo de sus necesidades básicas más esenciales puede llegar a constituir una violación del artículo 3 del CEDH, lo que puede causar graves sufrimientos psicológicos en los demandantes, un sentimiento de humillación y un atentado a su dignidad; d) La superpoblación de los centros, las condiciones de habitabilidad de las celdas como falta de luz o falta de ventilación, o las insuficientes condiciones higiénicas de las instalaciones violentan el artículo 3 del CEDH y lo mismo ocurre con el grave hacinamiento y ausencia de instalaciones para dormir, combinado con la extensión desmedida del tiempo de su detención, el no permitir acceso a un teléfono, mantas o sábanas limpias o suficientes productos de higiene; e) Se incurre en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes contenida en la CEDH, si las condiciones de vida en el centro de detención son deplorables: el piso lleno de suciedad donde los detenidos comen y duermen, montones de basura en los pasillos, comida insuficiente y preparada en condiciones antihigiénicas, piojos y enfermedades de la piel, ventanas cerradas con tablas de madera, WC y ducha combinados sin agua caliente, acceso a un pequeño patio solo según capricho de los guardias, imposibilidad de hacer llamadas telefónicas y hacinamiento. El valor de estas precisiones tan detalladas reside en su naturaleza orientadora, lo que se traduce en una mejor defensa de este derecho en la praxis, al fungir como parámetros guías respecto de las implicaciones de las previsiones del CEDH sobre la materia.

**D.2.** Respecto de la atención a la salud durante la detención de inmigrantes, el TEDH también ha precisado parámetros reveladores: a) Los factores son necesarios para valorar si se ha dado un tratamiento inhumano o degradante a la persona privada de la libertad; b) La falta de diligencia por parte de las autoridades para proporcionarle los servicios médicos apropiados implica violación del artículo 3 del CEDH; c) Se debe indagar si el estado de salud del solicitante le permite ser puesto en detención y se debe brindar especial atención a las personas con problemas mentales. Adicionalmente, en cuanto al deber del Estado en el resguardo de este derecho, esta Corte ha establecido: a) Este deber solo se limita a las acciones cometidas dentro de su jurisdicción; b) Debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida; c) Los factores asociados a un aumento en la creciente afluencia de migrantes no eximen a los Estados de sus obligaciones de garantizar que todas las personas privadas de libertad se encuentren en condiciones compatibles con el respeto de los dignidad humana.

**D.3.** Por su parte, en relación con las condiciones de detención de menores no acompañados y mujeres migrantes detenidas, el TEDH ha acotado que: a) Se violenta el artículo 3 del CEDH si se detiene un niño no acompañado sin designar a alguien para cuidarle. Tales condiciones de detención causan al niño una angustia considerable no siendo posible ignorar los graves efectos psicológicos que la detención en tales condiciones tendría sobre él; b) La

obligación de velar por el interés superior del menor no se cumplía solo con asegurar la unión familiar durante la detención. Debe considerarse la extrema vulnerabilidad de un niño, lo que tiene prioridad sobre su estatus de extranjero irregular; c) Constituye un trato denigrante el someter a la detenida al frío y la falta de personal femenino en el centro de detención, junto a la total falta de acceso al aire libre y al ejercicio por períodos de hasta tres meses, una dieta inadecuada– y la especial vulnerabilidad del solicitante debido a su salud frágil junto a circunstancias personales emocionales. Tales pronunciamientos revisten de gran valía, fungiendo como criterios orientadores al momento de determinar si el Estado parte ha incurrido en responsabilidad ante las violaciones de las previsiones del CEDH. A su vez, tales medidas revisten de carácter preventivo, señalando la interpretación que debe efectuarse de estas previsiones internacionales, así como la actuación por parte de los Estados que han suscrito el convenio. Por último, respecto del principio de *no devolución*, un aporte importante del TEDH se observa en estos criterios jurisprudenciales: a) Este principio implica la aplicabilidad extraterritorial de las garantías de derechos humanos dentro del CEDH así como la prohibición de absolución contra la tortura en virtud del artículo 3 del referido convenio; b) La protección del principio de no devolución también se aplica cuando el riesgo de sufrir tortura o malos tratos provenga de grupos particulares; y, c) Respecto de las expulsiones colectivas: la prohibición de expulsión es taxativa y afecta tanto la adopción de la expulsión como su ejecución. Evidentemente, estas interpretaciones emitidas jurisprudencialmente por el TEDH adquieren una connotación relevante. Ello en comparación con los aportes observados en los otros sistemas regionales respecto de la protección de este derecho.

**E.** La CorteIDH ha declarado en sus pronunciamientos la violación de diversos derechos de la CADH y otros tratados que conforman el SIDH por parte de los Estados que han suscrito estos instrumentos. Respecto del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, esta Corte también ha indicado que tales conductas constituyen una infracción del derecho a la integridad personal. De modo similar a lo señalado por el TEDH, la CorteIDH también ha precisado que esta clase de violación tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad. Sin embargo, un aporte innovador sobre el tema lo advertimos respecto de la mera amenaza de que ocurra alguno de los actos prohibidos por el artículo 5 de la CCT. Según esta Corte, cuando esta amenaza sea suficientemente real e inminente también puede afectar el derecho a la integridad personal. No obstante, sería necesario determinar que actos permiten determinar que se está amenazando la integridad, con el suficiente nivel de objetividad para poder reclamar la protección del Estado. Respecto de las condiciones mínimas durante la detención ha señalado criterios muy similares a los pronunciados por el TEDH, todos enfocados en el resguardo de la dignidad de detenido y el respeto de su integridad personal. Sin embargo, en la jurisprudencia de la CorteIDH notamos algunos elementos innovadores que no han sido observados en la jurisprudencia del TEDH anteriormente revisada. Estos aportes precisan que: a) La detención de migrantes debe ser ejecutada en recintos separados de las personas condenadas o procesadas, con el objeto de que la detención no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes; b) Se debe asegurar el derecho de acceso a la comunicación que asiste a los detenidos, ya que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral

de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano que pueden generar una situación de extremo sufrimiento para el detenido; c) El personal de los lugares de privación de libertad no empleará la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles. Otro criterio refrescante de la CorteIDH se observa respecto del derecho del inmigrante a recibir una alimentación que responda –en cantidad, calidad y condiciones de higiene–, a una nutrición adecuada y suficiente. Esta alimentación debe tomar en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Estas previsiones revisten de interés si tomamos en cuenta que el detenido es un inmigrante que en la mayoría de los casos no participa de las costumbres alimenticias y demás aspectos culturales o de índole religioso que son propias del país donde está siendo detenido con fines de expulsión. Estas falencias respecto de su alimentación se traducen en la afectación del más alto disfrute de la salud del detenido.

## **1.2. Del derecho a la vida privada y familiar.**

**A.** Una revisión de los instrumentos que conforman el SUDH nos permite advertir lo siguiente: en la DUDH se contempla la prohibición de injerencias arbitrarias en la familia, precisando que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Empero, este instrumento no contempla desarrollo del derecho a la vida familiar. Sin embargo, sus previsiones fijan el cimiento para que otros instrumentos internacionales más específicos desarrollen en términos más completos lo que involucra la salvaguarda de este derecho. Por su parte, el PIDCP, aunque también reconoce este derecho y hace referencia a la protección de los derechos del niño, en su condición de menor o como miembro de una familia, sus previsiones son similares a las contempladas por la DUDH. De su interpretación se colige que: la noción de familia debe interpretarse como un criterio amplio que incluya a todas las personas que le componen, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado parte de que se trate. Además, la protección de este derecho se extiende a los extranjeros. En este contexto se ha indicado que, cuanto más tiempo haya vivido un extranjero en un país, especialmente si ha fundado una familia allí, más sólidos deben ser los argumentos del gobierno para justificar su expulsión y deportación. Otro aporte interesante lo advertimos en lo consagrado por la CTMF. Este instrumento garantiza a los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos el mismo derecho que tienen los nacionales a recibir visitas de miembros de su familia, para lo cual debe evitarse el internamiento en lugares alejados. Respecto de esto, los Estados parte deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio. Además, deben contemplar como norma general la no privación de libertad a los niños ni a las familias con hijos, dando prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad. No obstante, cuando la detención familiar sea inevitable –en el caso de los niños migrantes detenidos junto a sus padres–, se habilitarán unidades familiares especiales, no debiendo ser separados de sus padres contra la voluntad de estos, salvo cuando dicha separación sea necesaria en el interés superior del niño. La CDN contempla el principio relativo al interés superior del niño. Respecto de las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia. Un aporte interesante lo constituye la prohibición de la detención de niños cuando esta obedezca solo a su condición de migrante.

**B.** En el SEDH se advierten interesantes aportes. Lo preceptuado en el CEDH respecto del resguardo de este derecho tiene un espectro más amplio, en comparación con lo contemplado por los instrumentos del SUDH. Ello porque en su redacción se incluye la protección del domicilio y de la correspondencia. Pero no se trata de una protección absoluta, sino que admite sus excepciones bajo ciertas circunstancias particulares. Así, solo se puede limitar este derecho por vía legal y debido a seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Este derecho implica el deber de los Estados miembro de permitir en su ordenamiento interno el desarrollo de unos vínculos familiares normales. Según TEDH, la protección de la vida familiar garantizada en el CEDH no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla. Además, del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales, o por adopción, incluso la relación entre una familia de acogida y un niño acogido. Un aporte relevante se observa en la Convención de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. De acuerdo con este instrumento, se debe proporcionar a las víctimas de este tipo de violencia un permiso de residencia autónomo, en aquellos casos en los que su estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, cuando estas se encuentren ante la disolución del matrimonio o de la relación, en situaciones particularmente difíciles, con independencia de la duración del matrimonio o de la relación. Este instrumento también contempla el deber de parte del Estado de adoptar medidas legislativas necesarias para asegurar que las mujeres que son víctimas de violencia puedan obtener la suspensión de los procedimientos de expulsión iniciados, debido a que su estatuto de residente depende del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con su derecho interno, con el fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónomo. Estas previsiones se traducen en mayor autonomía para la mujer inmigrante respecto de su estatuto de residencia, disminuyendo el riesgo de se le someta a un proceso de expulsión por entrar en un estatus de irregular en caso de separación del cónyuge.

**C.** La revisión del conjunto de instrumentos que componen el SIDH también revelan la configuración de un estándar internacional de protección a las personas migrantes de interés. La DADH y la CADH regulan la protección del derecho a la vida privada y familiar de forma similar al nivel de protección observado en los instrumentos que conforman el SUDH. No obstante, a diferencia de lo contemplado en la CTMF, en atención a las previsiones de la CADH se admite la privación de libertad de niños y niñas, pero como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales. Además, un aporte interesante sobre la protección de este derecho se deduce de la interpretación efectuada por los comités de derechos humanos. Estos han precisado, respecto del deber del Estado miembro, que: a) El Estado tiene la obligación de realizar un riguroso análisis y ponderación entre los intereses estatales y la protección de la unidad familiar, verificando en cada caso concreto que las medidas adoptadas en materia migratoria no conlleven un tratamiento abusivo o arbitrario en la vida familiar de la niña o del niño, priorizando siempre su interés superior; b) Al momento de disponer los traslados se debe tomar en especial consideración el impacto que puede tener en el derecho a la protección de la familia y al debido proceso, ya que, respecto de las personas que han estado presentes en un país por

algún tiempo, la detención de un migrante cerca de su lugar habitual de residencia es esencial para proteger esos derechos; c) Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, ni de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio y tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia; d) No se puede alegar la protección del derecho a la unidad familiar a fin de justificar la detención de niños, niñas o adolescentes, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño. Por su parte, otra previsión de interés la advertimos en la Convención de Belén do Para. Este instrumento también regula este derecho, reconociendo que toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

**D.** Por su parte, el TEDH también ha desarrollado criterios jurisprudenciales relevantes respecto de la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar. En cuanto al estatus migratorio del niño ha indicado que la extrema vulnerabilidad del niño es el factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas al estatus de inmigrante ilegal. Respecto de los menores no acompañados ha señalado que se deben adoptar medidas para garantizar que los niños reciban el asesoramiento adecuado y asistencia educativa de una persona calificada, que le deben asignar especialmente. también resulta oportuno mencionar la necesidad de que la medida de detención sea adoptada bajo criterios de proporcionalidad. Así, la detención debe ser una medida necesaria en relación con el objetivo perseguido. En este contexto, las condiciones y la duración de la detención no pueden constituir una interferencia desproporcionada en su derecho a una vida privada y familiar. Si no hay ningún riesgo particular de que los solicitantes se fuguen, su detención no es justificada por ninguna necesidad social apremiante y, por lo tanto, es desproporcionada. Y, por último, respecto del interés superior del niño, ha indicado que la obligación de velar por el interés superior del menor no se cumple solo con asegurar la unión familiar durante la detención, sino que la extrema vulnerabilidad de un niño es una consideración primordial.

**E.** En cuanto a la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar, la CorteIDH ha acotado que en los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para la situación legal de la familia, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares. Respecto de los niños y niñas que estén involucrados en procesos migratorios, este tribunal ha señalado que: a) La consideración de circunstancias especiales relativas a estos grupos etarios en los procesos de detención y expulsión resulta relevante; b) El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia; c) El Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, lo que se traduce en el deber del Estado de velar por el interés superior del niño, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar; d) Los Estados deben priorizar las medidas tendientes al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral: cuando no puedan optar por otra decisión menos lesiva que el internamiento en un centro donde se permita su convivencia con su grupo familiar, es posible que los Estados recurran a medidas tales como su alojamiento o albergue durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria; e) Si se

trata de un niño o niña no acompañado, la privación de libertad resulta improcedente: el Estado debe promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad; f) Los Estados pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

### **1.3. Del derecho al debido proceso.**

**A.** En el SUDH advertimos valiosos preceptos para la protección de este derecho humano. Empezando con lo contenido en la DUDH, hemos de indicar que este instrumento reconoce el derecho a la libertad personal como un derecho que admite sus excepciones siempre que estas no sean arbitrarias. En similares términos se pronuncia el PIDCP. De su interpretación se colige el principio de legalidad en la detención. Su aplicación se extiende a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, pero en todo caso, los derechos establecidos en su artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Se observa así en una discriminación respecto de los derechos que le asisten especialmente al inmigrante, contenido en el citado precepto.

**A.1.** Por su parte, un aporte interesante lo advertimos en lo contemplado por la CCT, referente al resguardo de ciertas garantías procesales mínimas asociadas al principio de *no devolución*, tales como: a) Asegurar el derecho de toda persona a que su caso se examine de forma individual y no colectiva, y a ser informada cabalmente de los motivos por los que es objeto de un procedimiento que puede conducir a una decisión de expulsión y de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico para recurrir esa decisión; b) Facilitar el acceso de la persona a un abogado, gratuita en caso necesario y a representantes de organizaciones internacionales pertinentes que ofrezcan protección; c) Tramitar un procedimiento administrativo o judicial relativo a la persona en un idioma que esta comprenda o con la asistencia de intérpretes y traductores; d) Velar por que la persona pueda ejercer su derecho a recurrir la orden de expulsión ante un órgano administrativo y/o judicial independiente dentro de un plazo razonable a partir de la notificación de la orden, y por qué la interposición de un recurso tenga efecto suspensivo sobre la ejecución de la orden; e) Remitir a la persona, cuando alegue haber sido torturada anteriormente, a un examen médico independiente y gratuito; f) Proporcionar capacitación efectiva a todos los funcionarios que se ocupen de las personas sometidas a procedimientos de expulsión; g) Proporcionar capacitación efectiva al personal médico y de otro tipo que trate a las personas privadas de libertad, los migrantes y los solicitantes de asilo para la detección y la documentación de las señales de tortura, – teniendo en cuenta el Protocolo de Estambul– durante la detención.

**A.2.** Otro tanto agrega la CTMF al señalar que la detención de aquellos que estén en situación irregular deberá estar prescrita por ley, perseguir un fin legítimo en virtud de la convención, ser necesaria en esas circunstancias concretas y, además, proporcional al fin legítimo que se persiga. También hace referencia al deber de los Estados parte tienen la obligación de informar a los trabajadores migratorios y a sus familiares que sean detenidos – en el momento de su detención–, de las razones de esta y, en la medida de lo posible, en un idioma que entiendan. Los trabajadores migratorios privados de libertad tienen derecho a comunicarse con las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen o las de otro Estado que represente sus intereses. También prevé el derecho de recurrir a un tribunal



a fin de que este pueda pronunciarse sin demora sobre la legalidad de la detención del inmigrante. Respecto del derecho a recurrir de la decisión por parte de un extranjero, si bien está reconocido por las normas internacionales para aquellos que se encuentran en situación regular, no ocurre lo mismo respecto de los que se encuentren en el territorio de un Estado de forma irregular. Este instrumento contempla el derecho de los inmigrantes que incoan tales procedimientos a recibir la asistencia gratuita –si así lo requieren– de un intérprete cuando no puedan entender o hablar el idioma utilizado. En la interpretación de este instrumento se ha precisado que: a) La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados parte de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias; b) La detención administrativa de los migrantes que inicialmente es lícita y no arbitraria puede tornarse arbitraria si no se ha establecido por ley un plazo máximo de detención administrativa, solo tras la evaluación individual de cada caso y por el menor tiempo posible, respetando todas las garantías procedimentales; c) Toda persona detenida y privada de libertad por motivos exclusivamente relacionados con cuestiones de inmigración debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, a fin de examinar la legalidad de la detención y la necesidad de mantener dicha medida, y ordene la puesta en libertad sin condiciones del detenido y/o la aplicación de medidas menos coercitivas, según corresponda, revisión que debe ser periódica, con asesoramiento jurídico gratuito al detenido y posibilidad de recurrir la legalidad de la detención.

**B.** De la revisión comparativa entre los instrumentos del SUDH y del SEDH, hemos verificado aportes interesantes. El CEDH regula el derecho a la libertad personal y a la seguridad. Este último elemento no se incluye en los demás instrumentos internacionales que conforman los otros sistemas universales o regionales. Este convenio contempla excepciones taxativas a la protección de este derecho. Entre ellas, cuando se trate de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. Así, una persona puede ser privada de libertad en casos permitidos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley. En este contexto, este convenio reconoce garantías procesales del debido proceso en similares términos a los contemplados en el SUDH (señalados en la letra A de esta sección). Una contribución interesante la encontramos en las previsiones del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños. Este instrumento reconoce el derecho de los niños a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos en los que estén involucrados o que les afecten. Adicionalmente, si un niño tiene el suficiente discernimiento, este podrá exigir por sí mismo el recibir toda la información pertinente, ser consultado y expresar su opinión, ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución. También reconoce el derecho a solicitar la designación de un representante especial, cuando el derecho interno prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses con éste. Otros derechos procesales reconocidos son: derecho a solicitar la asistencia de una persona apropiada –de su elección– con el fin de que les ayude a expresar su opinión, derecho a solicitar por sí mismos o a través de otros un abogado, derecho a nombrar su propio representante, derecho a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en dichos procedimientos. También se precisa el rol de las autoridades judiciales antes de tomar una decisión –cuando en esta se ven involucrados niños–, debiendo examinar si dispone de

información suficiente y, en su defecto, recabarla; si el niño posee discernimiento suficiente, ha de asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente; consultar al niño, si es necesario en privado; permitirle expresar su opinión; tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño. Por último, este instrumento también hace referencia a la obligación del Estado de actuar con prontitud en los casos urgentes, junto a la posibilidad de actuar de oficio en los casos determinados por el derecho interno en que se encuentre en peligro grave el bienestar de un niño.

C. Los instrumentos que conforman el SIDH también aportan valiosas contribuciones en lo tocante al resguardo del derecho al debido proceso. La DADH reconoce el derecho a la justicia, así como la presunción de libertad, entendida como el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios y no de una presunción de detención. Este instrumento indica que los procedimientos de revisión de la detención deben cumplir estrictamente las garantías del debido proceso, incluido el derecho a ser escuchado por un agente imparcial en la toma de decisiones, la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado, así como la posibilidad de ser representado por un asesor letrado. Por su parte, la CADH abunda más sobre el tema. De vital interés reviste la interpretación de las previsiones de la CADH, efectuadas por la CIDH. Este órgano ha señalado que: a) El derecho a la libertad aplica para toda clase de privaciones de la libertad, entre las cuales está incluida la detención migratoria; b) El argumento según el cual la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales bajo las que existan serios indicios del riesgo que representa una persona; c) En caso de la detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal; d) Las personas privadas de libertad tendrán derecho: a ser informadas prontamente de las razones de su detención y de los cargos formulados contra ellas, así como a ser informadas sobre sus derechos y garantías, en un idioma o lenguaje que comprendan, a disponer de un traductor e intérprete durante el proceso; y a comunicarse con su familia, a ser oídas y juzgadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez, autoridad u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso; a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; e) Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a ser protegida contra todo tipo de privación de libertad ilegal o arbitraria; f) Las personas privadas de libertad sólo serán reclusas en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos; g) Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario; h) La privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales; i) A cualquier persona privada de libertad le asiste en todo momento y circunstancia, la protección de y el acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley; j) El defensor puede ser nombrado por la persona detenida, por su familia, o proporcionada por el Estado; k) Toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos; l) Tendrán derecho, además, a comunicarse libre y privadamente con su representación diplomática o consular.

**D.** El TEDH ha desarrollado criterios jurisprudenciales significativos respecto del resguardo del derecho al debido proceso. En este contexto, ha señalado que la detención debe tener un claro sustento legal: a) La privación de libertad exige sustento en una clara base legal, en cuya ausencia la detención sería considerada arbitraria. Esta ley debe señalar el procedimiento para ordenar y extender la detención con miras a la expulsión; b) Se debe cumplir con el requisito de *previsibilidad*: La legislación que ordena la expulsión debe señalar el período máximo; c) El internamiento debe ser una medida excepcional, una medida incluso de último recurso, supeditada al respeto del principio de proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos perseguidos, una medida que debe ser adecuadamente motivada tras haber descartado las otras posibles alternativas; d) La privación de libertad por una infracción administrativa es una sanción máxima, debiendo optarse por otras medidas preventivas de menor gravedad. Además, este tribunal ha señalado en cuanto a la duración de la detención que: a) El tiempo de duración de la detención sea el mínimo posible, que se respete la obligación de ser informado de los motivos de la detención así como de disponer de un recurso efectivo para la revisión de la detención; b) La autoridad respectiva debe actuar bajo un procedimiento autorizado por ley que a su vez garantice la celeridad de las actuaciones mientras se revisa la medida de detención, máxime cuando ello incide negativamente en la duración de la detención y en su indebido retardo. Respecto del derecho a un recurso efectivo ha señalado que la admisión de solicitudes por parte de inmigrante debe efectuarse garantizando el derecho a un recurso efectivo, y asegurando al afectado la posibilidad de ser escuchado y de hacer alegaciones. También ha indicado que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia. Este requisito es especialmente necesario cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido. En cuanto a la asistencia jurídica gratuita, según el TEDH esta garantía procesal no implica un deber por parte del Estado de financiar la igualdad total de armas durante el proceso. Asimismo, esta obligación no debe cumplirse por parte del Estado de modo generalizado, sino que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación respecto de esta garantía en su derecho interno.

**E.** De igual modo, las conclusiones de la CorteIDH son relevantes en la interpretación del derecho al debido proceso. Un aporte interesante lo observamos respecto del ámbito de aplicación de las garantías procesales contemplada en la CADH. En este orden de ideas, este tribunal ha señalado que la aplicación de la CADH no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al 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. Por ello, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Además, es necesario que se controle la legalidad de la detención por una autoridad judicial competente, así como los méritos de esta con el fin de evitar la arbitrariedad en la detención. Ello implica el deber del Estado garantizar ciertos estándares mínimos que deben cumplirse en los centros de detención policial. Otro aporte relevante lo advertimos respecto del concepto de arbitrariedad. La CorteIDH ha precisado que no se debe equiparar este concepto con el de *contrario a ley*, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad: a) Aun cuando la detención se produzca por razones de seguridad y orden público, son arbitrarias las decisiones que puedan afectar

derechos humanos como el de la libertad personal, si no se encuentran debidamente fundamentadas en cuanto a la procedencia y necesidad de dicha medida, por lo que, un mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface este requisito de motivación suficiente; b) Una detención tiene un fin ilegítimo y por ende es arbitraria cuando no es ejecutada con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos, o de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión; c) La utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación, pero se puede incurrir en detenciones innecesarias con la penalización de la entrada irregular en un país, lo que supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular; d) Los Estados están obligados a contar con un catálogo de medidas alternativas y no adoptar políticas migratorias cuyo eje principal sea la detención administrativa obligatoria de inmigrantes irregulares. Este tribunal también ha configurado un compendio de garantías procesales aplicables en los casos de expulsión. Así, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas 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.

## **2. El modelo de la Unión Europea y la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Luces y sombras.**

El análisis del derecho de la UE y sus directivas en lo referente a la obligación de garantizar los derechos humanos de los inmigrantes nos permite presentar sus aspectos positivos y negativos:

**A.** El estado actual respecto de la obligación de garantizar ciertos derechos humanos especialmente vulnerados en la detención y expulsión de inmigrantes, tal y como está contenido dentro de los instrumentos internacionales que conforman el sistema de la Unión Europea es el resultado de una evolución histórica vinculada a la conformación de las Comunidades Europeas y a una serie de tratados constitutivos que fueron modelando lo que actualmente existe en este ámbito del derecho internacional. El desarrollo de la jurisprudencia por parte del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo una incidencia importante en este asunto. También, la revisión más detallada de los diferentes tratados constitutivos de las comunidades europeas demuestra avances en relación con el reconocimiento de los derechos humanos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, constituye el instrumento elaborado en el marco de una organización internacional para el control de sus instituciones, órganos y Estados miembros cuando aplican el derecho de esa organización en su propio seno, caso en el que les es vinculante tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La CDFUE distingue entre derechos que son aplicables únicamente a las personas que gozan de la ciudadanía europea, de aquellos derechos de titularidad universal. Este instrumento también contiene una previsión más genérica aplicable a los

asuntos de asilo e inmigración, lo que constituye un hito de relevancia histórica. No obstante, el derecho comunitario está basado en la construcción de una extranjería privilegiada que incluye solo al extranjero procedente de otro Estado miembro –y excepcionalmente, la de aquellos extranjeros procedentes de terceros Estados con los cuales la Comunidad Europea ha concertado un acuerdo de asociación o de cooperación en cuyo contenido se prevea el ejercicio de tales derechos por los nacionales del tercer Estado–, al que cada Estado miembro debe equiparar con sus propios nacionales en todos los ámbitos gobernados por el Derecho Comunitario Europeo, y este esquema básico no puede ser afectado por la CDFUE.

**B.** En el marco del derecho de la UE, la detención vinculada al asilo o al retorno está regulada por dos regímenes jurídicos distintos. Para las personas sujetas al procedimiento de retorno, la detención está regulada por la directiva retorno; en tanto que, para los solicitantes de asilo, la detención está normada en la directiva Recepción. La directiva retorno versa sobre un conjunto mínimo de garantías jurídicas respecto a las decisiones relativas al retorno, aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, permanencia o residencia en un Estado miembro.

**B.1.** Los aspectos más relevantes de la directiva retorno son: a) Establece un *estándar mínimo* de protección de los derechos fundamentales procesales de los extranjeros. Pero esta solo regula el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular y, por tanto, no tiene por objeto armonizar totalmente las normas de los Estados miembros en materia de residencia de extranjeros. Un aspecto positivo de esta normativa se observa al establecer el principio de la detención como último recurso. Además, garantiza que la duración de una prohibición de entrada no exceda de cinco años, a menos que la persona constituya una amenaza grave para el orden público o la seguridad. No obstante, no regula la detención en sus aspectos más básicos. Ello corresponde al derecho nacional. b) No impide las detenciones preventivas de personas extranjeras en situación irregular, aunque tampoco las legítimas. Esta directiva solo permite la detención de nacionales de terceros países para preparar el retorno o para tramitar el proceso de expulsión, solo si existe una perspectiva razonable de expulsión en un plazo razonable y únicamente cuando existe riesgo de fuga u otras injerencias graves en tales procesos. Así, la detención se ha de mantener mientras esta sea necesaria para garantizar que la expulsión sea tramitada de manera satisfactoria, debiendo existir elementos claros y pertinentes que justifiquen la necesidad de la detención más allá de una mera afirmación. También contempla como tiempo máximo de detención, el de seis meses, prorrogable por otros 12 meses adicionales para un total de 18 meses de detención. Pero la posibilidad de adicionar 12 meses más al plazo de detención es cuestionable por su justificación. Por su parte, la directiva recepción regula las condiciones de la detención de solicitantes de asilo. c) Aunque otros instrumentos prohíben de manera absoluta la devolución al solicitante de asilo, la expulsión de un refugiado –según el derecho de la UE– está permitida solo en circunstancias muy excepcionales, basadas en el peligro a la seguridad del Estado de acogida o cuando, tras cometer un delito grave, la persona supone un peligro para la comunidad. d) La directiva retorno da prioridad a la salida voluntaria del inmigrante irregular, determinando un lapso de entre siete y 30 días para partir en base al acatamiento voluntario de la decisión que ordena el retorno. Este plazo puede ser prorrogado durante un tiempo prudencial. Esta posible prórroga sin un tiempo definido sino acordado de forma prudencial se considera como un aspecto positivo de esta normativa, pues permitiría que el inmigrante expulsado pueda planificar todo lo relativo a su salida del Estado que expulsa. En caso de no ocurrir la salida de la zona europea por parte del inmigrante en referido plazo, se prevé el

internamiento de este por periodos de hasta 12 meses, lo que significa una privación de la libertad por residir de manera irregular en territorio europeo. Así, la directiva retorno promueve el principio del retorno voluntario antes que la expulsión. e) Sin embargo, la detención de inmigrantes se observa muy cercana a la delgada línea que divide el derecho migratorio del derecho penal. Por tratarse de una infracción administrativa, dicha medida debería ser aún más excepcional y debiese priorizarse cualquier otra medida alternativa – *aspecto que no se prioriza* al primar la figura de la detención *salvo* que pudiera probarse la eficacia de otra medida–, lo que resulta contrario al principio *favor libertatis*. f) Ambas directivas presentan aspectos controvertidos. La detención, no sólo es inútil y absurda, sino ilícita al constituir una forma de detención arbitraria en el sentido del CEDH. La medida de detención de inmigrantes irregulares debe ser la *última ratio* del Estado luego de haber evaluado en cada caso su necesidad, asegurando que esta sea lo más breve posible u evitando su prolongación excesiva.

**B.2.** Los principales aspectos controvertidos de la directiva retorno giran en torno a la repatriación de los inmigrantes a su país de origen, a un país de tránsito con el que la UE tenga acuerdo de repatriación o a otro país al que inmigrante decida ir siempre y cuando sea admitido. Pero ello no toma en cuenta la dificultad para poner en marcha la expulsión. En este sentido, el empleo automático de la detención migratoria resulta contrario al umbral de protección del derecho a la libertad personal y a su carácter excepcionalísimo. Un balance adecuado entre los objetivos legítimos de los Estados en el control migratorio, por un lado, y el respeto del derecho a la libertad personal de los migrantes, por el otro, requieren del establecimiento de medidas alternativas a la detención que funcionen como la regla y no como la excepción. Por su parte, las *prohibiciones de reentrada* tienen que adecuarse a los estándares de derechos humanos y a la proporcionalidad para evitar caer en una práctica de *neo-refoulement* y a fin de que el regreso sea duradero y efectivo, también resulta necesario un grado de cooperación con terceros países.

**C.** En la tutela de derechos fundamentales en el espacio de la UE la labor realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adquiere relevancia. Este tribunal en su reiterada jurisprudencia ha acotado que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza, inspirado en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Además, las decisiones tomadas por el TJUE han permitido ampliar la esfera de protección de los derechos fundamentales, en detrimento de una libertad reconocida por el ordenamiento de la UE, reforzándose el derecho fundamental en lugar de una erosión, lo que pone de manifiesto el carácter polivalente de la noción del margen de apreciación en la práctica internacional. Asimismo, el TJUE goza de competencia para pronunciarse con carácter prejudicial en lo relativo a la interpretación y la validez de la directiva retorno. De su amplia jurisprudencia se leen varios criterios interesantes. El TJUE ha privilegiado el principio de eficacia de la norma, limitando de forma sustancial el *ius puniendi* de los Estados miembros de imponer penas restrictivas de libertad a aquellos que cometen delitos migratorios. Por otra parte, este tribunal ha señalado que esa normativa no sólo se aplica desde el momento en que se ha adoptado una decisión de retorno, sino que les impone a los Estados la obligación de poner en marcha el procedimiento de retorno en el caso de cualquier nacional de un tercer país que se halle en situación irregular en su territorio. Además, en esta normativa se prevé la posibilidad de

aplicación de otras disposiciones más favorables a las contenidas en la propia directiva por parte de los Estados miembros, pero estableciendo ciertos parámetros. Así, la facultad de establecer excepciones está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas sean compatibles con la referida normativa para no privarle de su efecto útil. Debe recordarse que el objetivo principal de este instrumento europeo es el de establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Este tribunal también ha precisado que, de acuerdo con la *flexibilidad* que caracteriza al concepto de *decisión de retorno*, la decisión que impone la obligación de retorno se puede adoptar bajo la forma de una resolución judicial de carácter penal. También ha precisado que los arrestos domiciliarios estarán permitidos siempre que no retrasen la ejecutoriedad de la remoción. Las medidas de retorno no deben ser demoradas ni impedidas por un enjuiciamiento penal. Tampoco la imposición de una multa puede impedir la aplicación del procedimiento de devolución. Ello permite que los Estados miembros, en base de un examen individual de la situación del individuo en cuestión, puedan ordenar la expulsión sin otorgar un plazo para la salida voluntaria cuando exista un riesgo que el individuo puede huir para evitar el procedimiento de devolución.

**D.** Se han remitido al TJUE diversos asuntos relativos a la detención de nacionales de terceros países en procedimientos de retorno por entrada o estancia irregulares. Al respecto, este tribunal ha precisado diversos criterios de interés. Así ha señalado que la detención penal no es compatible con el ámbito de aplicación de la directiva retorno, ya que no contribuía a la expulsión del nacional de un tercer país del territorio del Estado –miembro de la UE– afectado por esa estancia ilegal. El órgano judicial con sede en Luxemburgo, más o menos explícitamente ha enfatizado que los Estados miembros no pueden aplicar normas, incluso las normas de derecho penal, que puedan poner en peligro el logro de los objetivos perseguidos por una directiva europea y, por lo tanto, privarle de su eficacia. El TJUE también ha precisado que los términos *medidas* y *medidas coercitivas* hacen referencia a toda actuación que conduzca, de forma eficaz y proporcionada, al retorno del interesado. En este contexto, la aludida directiva dispone el internamiento sólo con objeto de preparar y de permitir la expulsión. Sin embargo, el TJUE no excluyó la posibilidad de que los Estados miembros impongan una detención penal si se han aplicado las medidas y no obstante ello, la expulsión no se ha podido realizar con éxito.

**D.1.** Respecto de las sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada, el TJUE ha señalado que la directiva retorno no excluye la posibilidad para los Estados miembros de legislar sanciones penales para aquellos extranjeros que permanecen en el territorio de manera irregular después de aplicárseles un procedimiento de expulsión y que han reingresado en violación de una prohibición de reentrada. Sin embargo, este criterio no hace más que poner de manifiesto que, si los nacionales de terceros países vuelven a entrar en el territorio de un Estado miembro incumpliendo una prohibición de entrada, estos últimos adoptan medidas que criminalizan las infracciones administrativas creando una combinación entre la ley de inmigración (no punitiva) y la ley penal, lo que puede llevar a consecuencias negativas para los inmigrantes y una sobrecarga indebida al sistema de justicia penal. Es oportuno observar que las anteriores previsiones se traducen en el fenómeno de la doble criminalización de la migración, ya que en algunos países de origen existe para el nacional de un tercer Estado –irregular que ha sido expulsado por un Estado miembro de la Unión Europea– el riesgo de penalización en forma de sanción penal, ya sean multas o penas privativas de libertad. Es por este motivo, que la posibilidad de doble incriminación debe ser analizada en toda política relacionada al regreso.

**D.2.** Respecto de la duración de la prohibición de entrada, el TJUE ha precisado el deber que tienen los Estados de determinar la duración de la prohibición –con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto– cuya vigencia, en principio, no excederá de cinco años, pudiendo exceder de este lapso si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. El TJUE también se ha pronunciado respecto de la proporcionalidad de la medida. Así, ha señalado que cuando los Estados miembros utilicen como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, estas deben ser *proporcionadas* y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable. Esta posición del TJUE contrasta con la aproximación del TEDH, tribunal que de forma consistente ha sostenido que la detención administrativa en este contexto no requiere ser una medida necesaria y que en consecuencia no existe la obligación de adoptar medidas menos coercitivas. Si bien la jurisprudencia del TJUE en general, ha interpretado esta normativa con mayor liberalidad de lo que su redacción podría sugerir, se ha enfocado más en el objetivo de la expulsión eficiente que en los derechos humanos de los migrantes *ilegales*. Ello obedece a que, finalmente, corresponde al tribunal nacional la tarea de efectuar el *test de proporcionalidad* con plena observancia de los derechos fundamentales. La directiva retorno deja en este ámbito cierto margen a los Estados miembros, lo que puede llevar a ciertas diferencias entre los Estados miembros con respecto a las sanciones penales cuando se trata de nacionales de terceros países que permanecen ilegalmente incumpliendo una prohibición de entrada. Se trata de otra de las debilidades de esta normativa europea que recae precisamente en el instrumento empleado para regular la detención, pues se ha escogido una directiva y no un reglamento, que no dejaría este margen de acción a los Estados.

**2.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

**A.** La CDFUE recoge la prohibición de tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, que se corresponde al garantizado en el CEDH, siendo de idéntico tenor. Esta similitud de redacción implica que, para determinar el alcance de este derecho, necesariamente se deberá recurrir a lo interpretado por el TEDH respecto de lo contenido en el CEDH. Esta prohibición es de tipo absoluto y se aplica ante la *potencial* violación a la dignidad humana. En este sentido, ya hemos señalado que el SEDH contiene un amplio marco de previsiones proteccionistas de este derecho, que dotan de sentido a la previsión contenida en la CDFUE. Así, este instrumento recoge el principio de *no devolución*, como expresión la dignidad personal al igual que lo hacen los demás sistemas de protección de derecho humanos. Un aporte interesante de este instrumento se observa respecto de la prohibición de expulsiones colectivas, pues prevé el deber de efectuar un examen caso por caso al adoptar una medida de expulsión.

**B.** Respecto de las condiciones de detención, la directiva retorno ha señalado que internamiento debe realizarse por regla general en lugares especializados de detención. Sin embargo, se contempla una excepción a esta regla que debe interpretarse de manera restrictiva. Solo se puede aplicar cuando se producen aumentos imprevistos en el número de detenidos causados por flujos cuantitativos imprevisibles inherentes al fenómeno de la migración irregular, pero sin alcanzar todavía al nivel de una *situación de emergencia*. En estos casos excepcionales, los Estados miembros deberán tener en cuenta los derechos fundamentales que asisten a los detenidos y se tendrán debidamente presentes elementos



como las situaciones de hacinamiento, la necesidad de evitar traslados repetidos y los efectos que puedan perjudicar el bienestar de la persona retornada, especialmente cuando se trate de personas vulnerables. Así, la obligación de mantener a las personas retornadas separadas de los presos es absoluta. Ni siquiera el comportamiento agresivo o inapropiado de las personas retornadas justifica su internamiento junto con presos comunes. Por otra parte, esta normativa contempla la garantía de un conjunto de condiciones básicas relativas a la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades y la consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables. Pero no se ha incorporado la garantía de un nivel de vida adecuado. Tampoco se regulan determinadas condiciones materiales del internamiento –como el tamaño de las habitaciones, el acceso a las instalaciones sanitarias, el acceso al aire libre, la alimentación, entre otras–, aunque se indica que las personas en régimen de internamiento deben recibir *un trato digno y humano*, que respete sus derechos fundamentales. Además, se prevé que las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento y tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa. Esto resulta de vital interés si tomamos en cuenta que las instalaciones destinadas a la detención de migrantes han sido cuestionadas no solo en Europa, sino a nivel mundial por su inadecuado equipamiento, masificación y falta de estándares higiénicos básicos, por su opacidad y por el déficit en la prestación de servicios médicos. Ciertamente, la directiva retorno indica que estos establecimientos estarán abiertos a visitas de distintos organismos lo cual es un indicio de transparencia. Empero, el hecho de que estas visitas se encuentren sujetas a previa autorización cuestiona la eficacia de las visitas y tampoco quedan claras cuáles son las competencias de estos organismos.

**C.** Realizando actos de *equilibrio jurídico* para ponderar los derechos humanos de los migrantes irregulares y de expulsar a estos en forma expeditiva, el resultado alcanzado por el máximo tribunal es dispar. Según el TJUE, la excepción a la detención en centros especializados debe ser interpretada de manera restrictiva. En este contexto, la ausencia de centros de internamiento especiales en una región de un Estado miembro –pero que existen en otra parte del Estado miembro– no puede justificar la estancia en una prisión ordinaria. Respecto de la incidencia que pueda tener la voluntad del individuo sobre su internamiento con presos comunes, el TJUE ha acotado que la aceptación –por parte de la persona retornada– del internamiento junto a presos comunes no es posible. Este criterio resulta de interés en su vertiente *pro homine* al brindar seguridad a los inmigrantes detenidos respecto de los presos ordinarios, entendiendo a los primeros como una categoría diferente y partiendo de la idea de que su detención solo se justifica a los fines de asegurar su salida –cuando no se pueden aplicar medidas más favorables– mientras se ejecutan las labores de retorno. Por otra parte, y respecto las obligaciones de satisfacer las necesidades básicas de los inmigrantes detenidos, el TJUE ha indicado que los Estados miembros están obligados a cubrir también otras necesidades básicas para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período en el que el Estado miembro interesado esté obligado a aplazar la expulsión. Sin embargo, de la simple lectura del duodécimo considerando de la directiva retorno se desprende que la elección del verbo *definir* demuestra con claridad su voluntad de atribuir a los Estados miembros un amplio margen de apreciación de la naturaleza de las necesidades que se propongan satisfacer, sin hacer ninguna otra mención de la satisfacción de esas necesidades en el resto del texto de esa normativa. En consecuencia, este instrumento no armoniza, ni siquiera

mínimamente, las reglas reguladoras de la cobertura por los Estados miembros de las necesidades básicas de esos migrantes. Se observa entonces una dificultad para apreciar el alcance, la forma y el nivel mínimo de las prestaciones que se deben conceder al interesado y algunas expresiones, como la referida al tratamiento básico de enfermedades, son lo bastante amplias para admitir diferentes interpretaciones y tener un alcance variable según los Estados miembro. En este sentido, coincidimos con su criterio según el cual, la falta de cobertura de las necesidades más básicas de los migrantes agrava su marginación ya que, el estar privado durante tanto tiempo, después de interponer su recurso, de una cobertura de sus necesidades más básicas puede conducirle a marchar del territorio del Estado de acogida para ir a otro Estado miembro, favoreciendo la inmigración clandestina dentro de la UE empujándole a entrar en la criminalidad para subvenir a sus necesidades. Otro aspecto interesante lo observamos en cuanto a la prohibición de devolución, expulsión o extradición, caso en el que se exige que la ejecución de la decisión de retorno sea suspendida automáticamente mientras la autoridad nacional competente examina la legalidad de esa decisión y las alegaciones formuladas por el interesado sobre la existencia de un riesgo de trato contrario a la CDFUE.

## **2.2. Del derecho a la vida privada y familiar.**

**A.** En lo relativo a la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar, la CDFUE no define lo que debe entenderse por *familia*, ni las personas que la conforman. Ello corresponde a los Estados miembros mediante la articulación de su derecho interno, lo que se traduce en diferencias respecto de la composición de este grupo humano. La CDFUE consagra el derecho a la vida privada y familiar en los mismos términos que lo hace el CEDH. Tiene pues el mismo sentido y alcance que este último artículo. Ello se traduce en una remisión a la jurisprudencia interpretativa del TEDH respecto de lo regulado en el CEDH. Sin embargo, el TJUE, matiza que los Estados miembros sólo están obligados a cumplir las disposiciones de la CDFUE cuando apliquen el derecho de la UE. Esta protección se extiende contra las actuaciones procesales debido al deber de respeto positivo de este derecho por parte de los poderes públicos. La protección de este derecho, según los términos de la CDFUE, también comprende la protección de las comunicaciones que en cuanto a su contenido jurídico. Dicho derecho impone el deber a las autoridades públicas de actuar para proteger las comunicaciones en establecimientos con estatutos especiales como, por ejemplo, los centros de detención de inmigrantes en los que el resguardo de este derecho cobra relevancia. La CDFUE protege de forma genérica a la familia en los ámbitos jurídico, económico y social con términos poco precisos, mientras que el segundo aparte se concentra en brindar un medio de protección a través de la conciliación de la vida familiar con la vida laboral. Además, todos los actos relativos a estos ejecutados por autoridades públicas o instituciones privadas, se tendrá en consideración primordial el interés superior del menor. El nivel de protección ofrecido por la CDFUE no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, sino que debe conceder mayor protección a la brindada por dicho convenio. Aunque tales previsiones revisten de importancia a fin de asegurar la protección de estos derechos al inmigrante detenido con fines de expulsión, la tendencia es a limitar el ámbito de estas libertades bajo el falso discurso de *seguridad vs. libertad* empleado en las actuaciones de la Unión Europea en las medidas adoptadas contra los inmigrantes – legales o ilegales– residentes en su territorio.

**B.** La directiva retorno ha supuesto un avance positivo, al garantizar el mantenimiento de la unidad familiar respecto de sus integrantes presentes en el territorio del que se trate. Asimismo, contempla el acceso para los menores —en función de la duración de su detención— al sistema de enseñanza básica. También señala que, al ejecutar los procedimientos de retorno se han de tener en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud de la persona afectada y el principio de *no devolución*. Las figuras de los menores no acompañados y familias con menores de edad se encuentran también reguladas. No obstante, en estos casos la detención se prevé como último recurso y por períodos breves, debiendo las familias permanecer unidas y en lugares separados del resto de los detenidos para garantizar su intimidad. Asimismo, antes del retorno de un menor no acompañado se debe practicar una evaluación individual que tenga en cuenta el interés superior del niño y sus necesidades particulares, la situación actual en su familia y la situación y las condiciones de acogida en el país de retorno. Esto debiera ser realizado por un equipo multidisciplinar, en presencia del tutor designado para el menor y bajo el resguardo del respeto del derecho del niño a ser oído y a expresar libremente su opinión junto con la consideración de dicha opinión en todos los asuntos que le afecten. Empero, el concepto de *interés superior del menor* está experimentando importantes cambios, debido a la interpretación que han realizado los jueces nacionales de algunos de los Estados miembros, en la que caben excepciones importantes a dicha regla y que exige una estimación caso por caso, teniendo en cuenta ahora el contexto jurídico y socio-económico de los países de origen para revocar las decisiones de expulsión ante estas nuevas situaciones. En lo tocante a la detención de menores, no resulta claro lo que debe entender por *atención especial* según los parámetros de esta directiva. Si bien se indica que esta sólo será utilizada como un mecanismo de último recurso y por un tiempo breve, poco añade al contenido de la norma. Solo se indica que la detención únicamente será permisible cuando otros mecanismos menos intrusivos resulten insuficientes y exista *riesgo de fuga*. Esta medida ha de mantenerse en un nivel mínimo para toda categoría de nacional de tercer país. Todo pareciera indicar que el artículo 17 de la referida normativa básicamente sirve para aclarar que la detención de menores -acompañados o no- no se encuentra prohibida por la directiva. Así, queda autorizada un tipo de detención administrativa con control muy difuso, lo cual es objeto de críticas por parte de organismos de derechos humanos. Ante este panorama, la directiva retorno ha sido objeto de polémicas por considerarse que contiene disposiciones que colocan a la UE en una posición cuando menos dudosa en cuanto a su compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos respecto al retorno de los menores no acompañados. Ello parece indicar que se ha escogido un camino restrictivo y desigual en materia de protección de derechos humanos de los migrantes.

**C.** El TJUE también ha emitido pronunciamientos sobre la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar. Aquí ha indicado que, si bien las disposiciones del TFUE sobre la ciudadanía de la UE no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países, no se puede obligar al nacional de un tercer país a abandonar el territorio de la UE durante un período indeterminado para obtener la revocación o la suspensión de la prohibición de entrada en dicho territorio dictada en su contra, sin comprobar previamente si entre ese nacional de un tercer país y el ciudadano de la UE, miembro de su familia, existe una *relación de dependencia*. Esta *relación de dependencia* debe ser tal que este último se vería obligado a acompañar al nacional del tercer país a su país de origen, cuando es justamente dicha relación de dependencia la que en principio justificaría la concesión de un derecho de residencia derivado a ese nacional de un tercer país.

**C.1.** Los motivos que deben tomarse en consideración respecto de esta *relación de dependencia* están referidas a las siguientes aspectos: a) El reconocimiento entre dos adultos miembros de una misma familia de una relación de dependencia que pueda generar un derecho de residencia únicamente es posible en casos excepcionales en los que, habida cuenta del conjunto de circunstancias relevantes, la persona en cuestión no podría de ningún modo separarse del miembro de la familia del que es dependiente; b) Corresponde al tribunal remitente determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre este y el progenitor nacional de un país tercero, a fin de apreciar el riesgo de que el menor –ciudadano de la UE– se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión si a su progenitor –nacional de un país tercero– se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión; c) Debe considerarse el respeto del interés superior del niño, así como el conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la UE y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de este entrañaría para el equilibrio del menor; d) El hecho de que el progenitor que es nacional de un tercer país viva con el hijo menor que es ciudadano de la UE es uno de los factores relevantes que se tomará en consideración para dilucidar si entre ellos existe relación de dependencia, sin que llegue a constituir una condición necesaria; e) Por el contrario, el mero hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable –bien sea por razones económicas o para mantener la unidad familiar en el territorio de la UE– que miembros de su familia que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro puedan residir con él en el territorio de la UE, no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la UE se vería obligado a abandonar el territorio de la UE si ese derecho no fuera concedido; f) La existencia de un vínculo familiar –sea este biológico o jurídico– entre el ciudadano de la Unión menor de edad y su progenitor, nacional de un tercer país, no basta para justificar el reconocimiento a dicho progenitor de un derecho de residencia derivado en el territorio del Estado miembro del que el hijo menor sea nacional.

**C.2.** Un aspecto interesante y positivo respecto de los criterios jurisprudenciales del TJUE está relacionado con la adopción de decisiones de retorno en los casos donde están involucrado el derecho a la vida familiar. Así, ha señalado que la directiva retorno se opone a que un Estado miembro adopte una decisión de retorno sin tener en cuenta los datos pertinentes de la vida familiar del nacional del tercer país en cuestión que este haya alegado –aun cuando haya sido en apoyo de una solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar– con el objetivo de oponerse a la adopción de dicha decisión, incluso si contra ese nacional ya se ha dictado una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada en el territorio.

### **2.3. Del derecho al debido proceso.**

**A.** La CDFUE también contiene previsiones de interés respecto del resguardo del derecho al debido proceso. Sin embargo, respecto de la libertad personal no existe una jurisprudencia relevante por parte del TJUE en esta materia. Su interpretación remite a la jurisprudencia elaborada por el TEDH pues hay identidad de redacción entre ambos instrumentos respecto de este derecho. Pero ello no impide que este derecho comunitario pueda extender el ámbito de protección. La CDFUE también regula el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y el derecho de asistencia jurídica gratuita. En

cuanto al derecho de tutela judicial efectiva: a) Se regula a favor de cualquier individuo que señale el haber sido víctima de una vulneración de los derechos y las libertades garantizados por el derecho de la UE; b) Asegura acceso automático a un recurso efectivo que incluya protección jurisdiccional contra la denegación del acceso al territorio o a los procedimientos, apuntando así las bases de un juicio justo; c) Beneficia procesalmente aún más al individuo, al exigir que el recurso sea ante un tribunal; d) Los órganos jurisdiccionales nacionales están en el deber de interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos, a fin de asegurar este derecho; e) Se trata de un derecho que resulta de las tradiciones comunes a los Estados miembros; f) Corresponde a cada Estado prever un sistema de recursos y procedimientos que garanticen el resguardo de este derecho. En cuanto al derecho un proceso justo, este instrumento regula lo siguiente: a) Si bien este derecho encuentra su inspiración en el CEDH, en la CDFUE se extiende su aplicación a los asuntos de cualquier jurisdicción incluyendo los asuntos migratorios, lo que constituye un aspecto positivo de este instrumento; b) El derecho a ser oído juega un rol predominante en todo procedimiento; c) Incluye el derecho a la celeridad procesal. El derecho a la asistencia gratuita también está regulado en la CDFUE, pero dado que este instrumento no ofrece mayores detalles al respecto, hemos de recurrir a la jurisprudencia elaborada por el TEDH en su interpretación.

**B.** En la directiva retorno también encontramos regulaciones relativas al debido proceso. Así, la detención sólo se debe mantener mientras el dispositivo de expulsión esté en curso ejecutándose con la diligencia debida. Esta normativa señala que el internamiento debe ser ordenado por las autoridades administrativas o judiciales por escrito, indicando los fundamentos de hecho y de derecho. En caso de que el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros deben establecer un control judicial rápido de la legalidad del internamiento. La CE ha recordado que las garantías que ofrece la referida directiva, respecto de los aspectos formales de la decisión de retorno, se aplican igualmente a las decisiones de internamiento.

**B.1.** En materia de detención, tanto la directiva retorno como la directiva recepción exigen un control judicial rápido cuando la detención es ordenada por autoridades administrativas, debiendo ser revisada la detención a intervalos razonables cuando lo solicite el nacional del tercer país, o de oficio por una autoridad judicial o, si la detención es prolongada –en el caso de los sujetos a procedimientos de retorno–, debiendo solo ser revisada solo por una autoridad judicial. Sin embargo, la amplia discrecionalidad que rodea la detención migratoria a menudo se traduce en peores garantías procesales y condiciones de detención de los migrantes que las de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad por razones penales. La directiva retorno consagra ciertas salvaguardas a la hora de dictaminar decisiones de detención y expulsión. No obstante, en el caso de los nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no tengan el permiso necesario para permanecer en él estas garantías son diferentes, ya que dicha notificación se efectuara a través de un *formulario tipo*. En este caso tampoco se exige la traducción al leguaje del solicitante, sino que los Estados miembros de la UE están obligados a publicar documentos informativos traducidos, por lo menos a las cinco lenguas más comunes de los grupos de migrantes específicos del Estado miembro. La ausencia de esta notificación se traduciría en un estado de indefensión injustificable, pero el empleo de estos formatos tipo para el cumplimiento de esta formalidad podría dar lugar a decisiones de retorno estandarizadas, que no atiendan a las circunstancias de cada caso en particular.

**B.2.** De igual modo, la directiva retorno señala que se debe conceder al individuo el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión. También hace referencia tanto a la asistencia jurídica como al derecho a intérprete. Adicionalmente, reconoce el derecho a la asistencia lingüística, como condición indispensable para que el nacional del tercer país sometido a un procedimiento de esta naturaleza pueda ejercer sus derechos procesales. De igual modo, se regula el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión o a solicitar que esta se revise ante una autoridad judicial o administrativa u otro órgano independiente competente para suspender temporalmente la expulsión mientras la revisión está pendiente. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro de internamiento y sobre sus derechos y obligaciones -incluida información sobre su derecho- con arreglo a la legislación nacional. Esta información resulta relevante a los fines de asegurar el ejercicio de las garantías procesales que les asisten durante el internamiento. Esta normativa europea reconoce el derecho de las personas internadas a ponerse en contacto con las autoridades consulares, previa petición por su parte. Pero lo hace de una forma parca ya que el reconocimiento y protección de este derecho debiera ser garantizado en todo momento desde la detención del inmigrante, si se entiende que este tipo de asistencia –generalmente destinada a asistir a nacionales en el extranjero– adquiere singular importancia y su aseguramiento incide positivamente en la protección de los derechos del detenido.

**C.** Por su parte, el TJUE –acerca de la duración del tiempo de detención administrativa– ha señalado que el período máximo de detención es de 18 meses. En el cómputo de los 18 meses establecidos como límite o tiempo máximo de detención, deben estar incluidos los períodos de internamiento anteriores a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, en este caso, los plazos contenidos en la directiva retorno, a fin de garantizar el derecho fundamental a la libertad del individuo afectado, con sujeción de cualquier excepción a requisitos estrictos. El TJUE –respecto de la prórroga de la detención–, privilegió la posición del juez, señalando que este debe tener amplios poderes decisorios. Además, el hecho de que la persona en cuestión no tenga un documento de identidad válido no justifica la prolongación de la detención y no constituye por sí solo un *riesgo de fuga*, pero el juez nacional tiene la libertad de tener en cuenta dicho elemento para decidir sobre la extensión de la detención. Esto es decepcionante porque el *riesgo de fuga* es uno de los motivos para detener a los solicitantes de asilo en virtud de la directiva recepción y ello podría dar lugar a una violación de las normas internacionales y europeas que reconocen y garantizan el derecho de asilo. Así, el riesgo de fuga debe evaluarse sobre la base de un *examen individual* del caso, pero ello es realmente insuficiente para enmarcar las prácticas de los Estados miembros que se han desarrollado para ampliar la noción en exceso, ya que, si el riesgo de fuga puede justificar la detención inicial de un nacional de tercer país con estancia ilegal, su falta de cooperación puede justificar la decisión de detenerlo por más de seis meses. El TJUE desarrolla un punto interesante que debe ser enfatizado: esta falta de cooperación solo puede atribuirse al comportamiento del detenido en la medida en que las demoras y dificultades de su estado nacional en la entrega de la documentación necesaria para su devolución atribuibles a este comportamiento. Respecto a la noción de riesgo de fuga, el TJUE señala que esta difiere de la noción de riesgo para el orden público. La determinación de este riesgo debe ser efectuado caso por caso. Según el TJUE, la noción de *riesgo para el orden público* requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés

fundamental de la sociedad, resultando pertinente cualquier circunstancia de hecho o de derecho relativa a la situación del nacional de un tercer país que permita dilucidar si el comportamiento personal de éste constituye tal amenaza.

**C.1.** El TJUE también se ha pronunciado respecto de otras garantías del debido proceso. Así, respecto del plazo para identificar a la persona detenida, el TJUE expresó la necesidad de tomar en consideración que las autoridades competentes deben disponer de un plazo, ciertamente breve pero razonable, para identificar a la persona controlada y para investigar los datos que permitan determinar si esa persona es nacional de un tercer país en situación irregular. Dicho esto, las autoridades competentes están obligadas a actuar con diligencia y a definir sin tardanza su posición acerca del carácter regular o irregular de la situación del interesado, a fin de evitar el menoscabo del objetivo de la directiva retorno. Sobre la asistencia jurídica gratuita –también necesaria para la garantía del debido proceso– el TJUE ha señalado que, en los casos cuyo ejercicio de este derecho no perjudique el buen desarrollo del procedimiento de retorno y no comprometa la aplicación eficaz de esta normativa, el nacional del tercer país podrá recurrir a un letrado para que le asista cuando preste declaración ante la autoridad competente. No obstante, queda a la buena voluntad de los Estados el asumir los costos de esta asistencia jurídica gratuita, ya que estos no están obligados a sufragar tales servicios. Por lo demás, la directiva retorno prevé de forma detallada las garantías concedidas a los nacionales de terceros países interesados tanto en lo que atañe a la decisión de expulsión como a su internamiento. En cambio, no precisa las condiciones que aseguren el respeto del derecho de esos nacionales a ser oídos ni las consecuencias que habrían de derivar de la vulneración de ese derecho, excepto la exigencia con alcance general de la puesta en libertad si el internamiento fuera ilegal. Por ello, cuando el derecho de la UE no regule las condiciones conforme a las que debe garantizarse el respeto del derecho de defensa de los nacionales de terceros países en situación irregular ni las consecuencias de la vulneración de ese derecho, la regulación de dichas condiciones y de dichas consecuencias corresponde al derecho nacional.

**C.2.** Siguiendo con la revisión de otras garantías, el TJUE ha señalado que el derecho a ser oído incluye también el derecho que tiene el detenido a expresarse respecto de la legalidad de la estancia, lo que debe ser ejercido no solo mediante el ejercicio del recurso correspondiente sino inclusive antes de que se adopte una decisión en su contra. Empero el TJUE previno que el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno no puede instrumentalizarse con la finalidad de que se reabra de manera indefinida el procedimiento administrativo y ello, con el fin de preservar el equilibrio entre el derecho fundamental del interesado a ser oído antes de que se adopte en su contra una decisión y la obligación de los Estados miembros de luchar contra la inmigración ilegal. Sin embargo, el TJUE indicó que cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente. Este fallo se acomoda mal con la *teoría del debido proceso* que recalca la necesidad de un proceso imparcial y respetuoso con los derechos fundamentales, es decir, el derecho de audiencia y se percibe el distinto rasero o *estándar de protección* existente en el espacio europeo (infra) que lleva a cierta esquizofrenia

jurídica. Por otra parte, respecto de la exigencia de una decisión adoptada por escrito, el TJUE señaló que tal requerimiento se refiere también necesariamente a cualquier decisión sobre la prórroga del internamiento, debido, por una parte, a la naturaleza análoga del internamiento y de la prórroga de éste, ya que ambos tienen como consecuencia privar de libertad al nacional del tercer país para preparar su retorno o ejecutar el proceso de expulsión, y, por otra parte, a que en ambos casos, dicho nacional debe poder conocer los motivos de la decisión adoptada respecto a él. Mediante esta decisión se recalca la importancia de las garantías procesales, específicamente respecto de la detención, que debe ser ordenada por escrito con motivaciones en hechos y derecho, requisitos aplicables también cuando se prolonga el plazo de detención. El TJUE ha señalado que el tiempo durante el que una orden de expulsión queda suspendida, a causa de la formulación por parte del interesado de un recurso contra la misma, se computa como tiempo de internamiento porque en dicho tiempo la persona permaneció privada de libertad. En este sentido, también ha señalado que el recurso debe tener efectos suspensivos cuando la ejecución de la expulsión pudiera derivar en un perjuicio serio e irreparable, como el que se podría producir en el caso de exponer a la persona de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, caso en los que debe considerarse el principio de no devolución.

### **3. El modelo migratorio chileno y la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Omisiones.**

A. El tema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno es de relevancia en lo tocante al reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos dentro del ordenamiento positivo vigente de un Estado, a fin de asegurar el resguardo de la dignidad intrínseca de todo ser humano independientemente de su estatus migratorio. En Chile, dado que no existe una norma constitucional expresa que consagre un sistema o mecanismo de incorporación del derecho internacional en el derecho interno, el tema de la incorporación de los tratados en el ordenamiento jurídico interno quedó entregado, entonces, a la interpretación y a la práctica institucional. Tras la reforma constitucional de 2005, se entiende que el régimen constitucional chileno no sigue el sistema de *transformación* de los tratados en leyes internas para su vigencia, sino que se aplica un régimen de *incorporación automática*. Sin embargo, el problema básico persiste si se presentan problemas de jerarquía normativa, tema que en Chile no está resuelto de forma indubitada. Sobre la ubicación de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico chileno –incluyendo los que versan sobre derechos humanos– nada ha señalado expresamente la CPR. Sin embargo, en los casos de conflicto normativo es conveniente entender que, no existe en esencia una relación de jerarquía entre la ley y el tratado, sino más bien una distribución de competencias. Surge así entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno una relación de complementariedad, en cuanto a sus contenidos y protección, en el que el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos. Así, el respeto de los derechos humanos adquiere relevancia en la solución del conflicto normativo entendiendo que estos son reconocidos por la CPR como limitantes de la soberanía estatal. Ello nos permite decantarnos por la vertiente *pro homine* en caso de conflictos normativos, tratando siempre de adoptar la interpretación que más favorezca la protección de los derechos humanos en juego.



**B.** La noción de *bloque constitucional* –entendido como la incorporación de las normas y principios del DIDH en materia de derechos fundamentales, así como la jurisprudencia de los órganos de protección, con el objeto de servir como *baremo de constitucionalidad*– se trata de un desarrollo dogmático que también puede ser aplicado al Estado chileno. En Chile, aunque es un tema discutido a nivel doctrinario, creemos es posible afirmar la existencia de un bloque constitucional de derechos humanos enfocado desde la perspectiva de la dignidad humana. Esta perspectiva permite afirmar a la dignidad humana como el valor supremo y como principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional chileno. Este viene conformado por los derechos asegurados directamente tanto por la Constitución como por el derecho convencional internacional ratificado y vigente, junto al derecho consuetudinario internacional y los principios de *ius cogens*. Para garantizar los derechos fundamentales contenidos en el bloque constitucional, existen diversos procedimientos legales a los cuales toda persona, tanto natural como jurídica, puede recurrir.

**C.** El Estado chileno ha ratificado una serie de instrumentos internacionales que le comprometen respecto de la obligación de garantizar los derechos humanos de los inmigrantes. En este sentido, diversos órganos y comités de derechos humanos han efectuado visitas a Chile, levantando los respectivos informes en los que se ha dejado constancia del estado actual en lo tocante al cumplimiento de tales compromisos internacionales por parte del Estado miembro. El conocimiento de estos informes ha resultado relevante para determinar el nivel de protección que confiere el Estado chileno a los derechos humanos reconocidos en tales instrumentos internacionales. En este sentido, si bien son muchos los avances positivos del Estado chileno respecto de la aplicación de las recomendaciones efectuadas no es menos cierto que son muchos los aspectos que deben ser mejorados para alcanzar el estándar de protección contenido en tales instrumentos.

**D.** Aunque en la CPR no se hace una mención manifiesta a la migración, de su contenido se deriva la garantía genérica de igualdad en el ejercicio de los derechos y corresponde al Estado el asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. La CPR realiza un tratamiento formal de la igualdad, ya que más que definirla, señala los supuestos bajo los cuales se hace exigible. Así, la consagra como obligación para con las personas, como finalidad de la actividad administrativa del Estado, y, como principio aplicable a procedimientos y actos. Esta igualdad contiene la prohibición de establecer diferencias arbitrarias. En este contexto, los derechos contenidos en el bloque constitucional también serían extensibles a los inmigrantes. Esto constituye un aspecto positivo que la distingue por ser integradora, oponiéndose a la creación de categorías de ciudadanos, también denominados *denizens*, en las que la tendencial equiparación en derechos con los nacionales no alcanza a la clase de derechos que definen la práctica ciudadana. Así, la CPR sí consagra el derecho de todo extranjero a entrar libremente a Chile, asegurando a todas las personas, sin ningún tipo de distinción, el derecho de circulación y de residencia– configurándose de este modo un mandato genérico de regulación normativa para el ejercicio del derecho que se traduce en una *regla de admisión general* de extranjeros, implicando que en Chile el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración. Pero en el caso chileno esta regla de admisión general no se trata de una libertad ilimitada ni absoluta, pues la CPR establece las condiciones que limitan esta libertad individual o de movilización, a saber, siempre que se respete lo que disponga la ley –en armonía con la Constitución– y que no se lesionen los derechos de terceros. Nunca ha

existido a nivel constitucional una dicotomía de derechos entre el extranjero y el chileno en relación con la residencia. Así, los inmigrantes deben cumplir con la legislación vigente del país en el que residen, el cual viene a regular todas las relaciones jurídicas que puedan originarse durante su estadía en el país. Pese a este reconocimiento de derechos por vía constitucional, en la práctica ello no es tan efectivo como la declaración normativa pretende.

**E.** El DL 1.094 es el que regula actualmente los asuntos migratorios en Chile, pero dicho texto ostenta una serie de falencias en lo tocante a la garantía de los derechos humanos de las personas migrantes. La legislación migratoria vigente se enfoca en muchos requisitos – trámites de entrada, salida y residencia en el territorio chileno– pero ofrece pocas garantías en cuanto a los procedimientos de revocación y expulsión. No obstante, el DL 1.094 contiene algunas previsiones que ameritan una revisión detenida. Según esta normativa, la consecuencia de un rechazo o revocación de visado es el *abandono voluntario* del territorio chileno por parte del inmigrante. Y en caso de que este abandono voluntario no ocurra dentro del plazo señalado, la autoridad queda facultada para expulsar al afectado. La legislación migratoria chilena también contempla la imposición de sanciones en caso de infracción a las normas contenidas en el DL 1.094, dentro de las cuales se incluye la expulsión del país. Las causales que implican la disposición de expulsión del territorio pueden ser *imperativas* o *facultativas*. No obstante, en la descripción de todos estos supuestos se puede observar la falta de precisión que atienda a la ponderación de razones que motivan al inmigrante a incurrir en dichas situaciones. Esta falta de precisión incide negativamente en el resguardo de los derechos que le asisten al inmigrante. Ello se puede observar con mayor claridad respecto de las causales de expulsión de tipo facultativo, en las que la decisión de expulsión descansa en manos de la autoridad encargada, pero sin fijarle parámetros de acción respecto de tales facultades, lo que puede traducirse en la afectación de los derechos de inmigrante. Aunque la existencia de este tipo de facultades o prerrogativas –que, por motivos de debidamente justificados, el ordenamiento jurídico chileno asigna a determinados órganos de la Administración del Estado– no es necesariamente problemática. Sin embargo, si el objeto a regular son los derechos y garantías fundamentales de las personas, es menester aplicar en este ejercicio de restricción de derechos fundamentales un *examen de proporcionalidad* que exponga un objetivo constitucionalmente legítimo, permitiendo a la Administración del Estado realizar un trato diferenciado entre nacionales y no nacionales. Y esta necesidad se extiende a las facultades de expulsión contenidas en el DL 1.094. Además, dicha normativa fundamenta sus sanciones en la protección de bienes jurídicos relevantes para el Estado, tales como la seguridad nacional, el orden público, o la seguridad pública, entre otros, pero en ausencia de criterios legales que permitan orientar la ponderación o proporcionalidad en la determinación y aplicación de dichas medidas. Según esta legislación, las medidas de expulsión tienen una duración ilimitada, sin plazo fijo para las prohibiciones de entrada. Por ello, la derogación de esta medida de expulsión solo se logra si esta medida es revocada. Sin embargo, debieran contemplarse causales de expiración de la prohibición.

**F.** Desde el gabinete ejecutivo de gobierno se han implementado diversos programas y acciones de corte administrativo, con el propósito de ofrecer una especie de *paliativo*, que permita algún grado de eficacia en la praxis respecto del fenómeno migratorio. Con ello se ha pretendido brindar algún nivel de protección a tales derechos. El problema de estas iniciativas de corte administrativo reside en que no están –ni han estado– contenidas bajo una política explícita, lo que dificulta la coordinación interna, por una parte, y la adopción de una perspectiva común en la administración pública y en el país, por otra. Así, aunque

estos programas buscan mejorar el acceso a los sistemas sociales y asegurar con ello derechos que estaban siendo vulnerados, no resuelven el problema de fondo, que es el garantizar los derechos de todos aquellos que residen en el país. Así, su revisión hace patente la necesidad de una normativa unificada que regule todos los aspectos relacionados con la migración de manera integrada y congruente. Su ausencia se traduce en incertidumbre jurídica para el inmigrante, al no contar con instrumentos legales adecuados y sistematizados para hacer valer el reconocimiento de los derechos que le asisten.

**G.** Sobre los proyectos de legislación en trámite hemos de precisar que, el PL apunta a la migración regular. En esta propuesta se configuran nuevas categorías migratorias. También prevé la posibilidad de autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos, pero solo por vía excepcional y bajo causas de índole humanitaria. Al igual que la legislación migratoria vigente, el PL contempla el inicio de la expulsión tras una solicitud del propio afectado —al pedir una visa cuyo otorgamiento sea rechazado— o, por iniciativa de la autoridad ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones que establece el PL. Respecto del primero de los supuestos se contempla *a priori* la orden de abandono del país, previsión diferente respecto de la legislación migratoria vigente, ya que esta última sí acuerda la expulsión ante estos casos. No obstante, la orden de abandono es homologable a la expulsión al producir sus mismos efectos. El PL concede más tiempo para la ejecución de la medida de expulsión, lo que se traduce en un aporte positivo en beneficio de los inmigrantes. También, se atribuye un margen de maniobrabilidad al Servicio para sustituir la medida de abandono por el otorgamiento de una autorización de residencia o permanencia de vigencia restringida según se determine en cada caso. Pero no se definen los parámetros para que el referido funcionario pueda ejecutar estas valoraciones casuísticas. Respecto del segundo de los supuestos de expulsión, el PL también contempla la imposición de sanciones en caso de infracciones, para lo cual distingue entre infracciones migratorias menos graves e infracciones migratorias graves, disponiendo diferentes tipos de sanción: la amonestación por escrito, la multa y la expulsión del país. En el PL la mayoría de las infracciones vienen aparejadas con la imposición de multas de forma imperativa y en algunos casos con la expulsión, causales que son imperativas y nunca facultativas. Ello se traduce en la percepción de una mayor restricción hacia los inmigrantes. Además, no es clara la existencia de alguna potestad de ponderación que faculte a la autoridad migratoria para tomar en consideración las razones que han motivado al inmigrante a incurrir en tales supuestos, pues aparentemente solo incide en la fundamentación de la decisión de expulsión, pero no es patente que obligue a la autoridad a considerar con antelación a la dictación de la medida, los aspectos circunstanciales que la norma indica, ya que estas medidas de expulsión están previstas con carácter de imperativo. Ello incide negativamente en el resguardo de los derechos que le asisten al inmigrante. En relación con el tiempo de duración o vigencia de las medidas de expulsión y prohibición de entrada, se observa en el PL que tales prohibiciones podrían ser facultativas en los casos de acordarse una orden de abandono. Diferente sucede respecto de las órdenes de expulsión, caso en el que se deberá establecer imperativamente el plazo de prohibición de ingreso al país. Además, este plazo de prohibición de ingreso podrá ser indefinido. Empero, es necesario que se contemplen causales de expiración de estas prohibiciones. Si bien, en las Indicaciones de 2019 se acordó agregar el elemento de la proporcionalidad, no es menos cierto que hemos de acusar la excesiva duración de tiempo de una prohibición de entrada aplicable ante la comisión de ciertos delitos. Aquí las propuestas que se extraen del derecho de la UE pueden resultar orientadoras. Según estas normativas

europas, la vigencia de estas prohibiciones tiene un plazo de duración definida y se concede la posibilidad de revocación o suspensión a los Estados miembros si la persona sobre quien recae la prohibición de entrada puede demostrar que ha abandonado el territorio del Estado miembro en pleno cumplimiento de una decisión de retorno.

**H.** La importancia de la labor de los tribunales superiores de justicia se incardina en la interpretación que se hace del derecho; y, en el caso que aquí nos ocupa: en la interpretación y aplicación del derecho migratorio vigente en Chile al caso en concreto. De este modo, todas aquellas normas de aplicación general conformadas por la legislación migratoria vigente en Chile pasan a surtir sus efectos jurídicos en el caso concreto del que conoce el operador de justicia –atendiendo a todas sus connotaciones especiales– a fin de brindar una respuesta ajustada a derecho ante la controversia planteada. La legislación migratoria vigente en Chile se considera como una normativa desajustada, tanto a la realidad actual en el ámbito migratorio como a los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, a través de la labor hermenéutica, los jueces podrían incorporar los principios orientadores contenidos en los instrumentos internacionales, en aras de asegurar la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en Chile. Los jueces al decidir el derecho a aplicar podrían aplicar directamente la norma constitucional y los tratados internacionales ratificados y vigentes, a fin de brindar una mayor protección a los derechos humanos del inmigrante que de alguna manera estén siendo conculcados. Sin embargo, de las sentencias revisadas se observan contados casos en los que se recurre a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Adicionalmente, la labor interpretativa de los tribunales se acciona cuando el solicitante ejerce las acciones que le confiere la ley para la mejor defensa de sus derechos. En este contexto, dadas las restricciones que presenta la acción especial de *reclamación de expulsión*, prevista en el DL 1.094, en cuanto a los lapsos y requisitos procesales para su interposición y admisibilidad, las cortes de apelaciones han admitido resolver sobre la procedencia de una decisión de expulsión a través de la interposición de la acción constitucional de *amparo o habeas corpus*. Se trata de una vía idónea para resolver la situación procesal del imputado, relativa a su prisión preventiva, y cuyo ejercicio se ha extendido a aquellos que ven afectada, por la autoridad administrativa, su facultad constitucionalmente conferida de residir y transitar por el territorio nacional conforme al ordenamiento jurídico vigente, o la de entrar y salir del mismo. Las cortes chilenas de máxima instancia han tenido a bien explicar en sus fallos la interpretación jurisprudencial que debe darse a ciertos parámetros necesarios en la adopción de medidas de expulsión, contenidos en el DL 1.094, lo que permite dilucidar los elementos relacionados a su ámbito de aplicación, así como el contexto en el que tales nociones deben entenderse.

**I.** Una revisión de la labor de los tribunales superiores de justicia permite la extracción de criterios generales de interés. Así, respecto de la entrada o estancia irregular en Chile estos tribunales chilenos han apuntado a la necesidad de que se verifique la comisión del delito migratorio, a los fines de proceder a la imposición de la medida de expulsión. Además, ha hecho referencia a la circunstancia relativa al cumplimiento de la pena impuesta por el delito como una *condición previa* al decreto de expulsión. El énfasis –respecto de la necesidad de verificar previamente de la comisión del delito de *ingreso clandestino* como supuesto necesario para la procedencia de la expulsión administrativa– se traduce en el resguardo de los derechos del inmigrante. Así, en base a la aplicación del principio de *presunción de inocencia*, el inmigrante a quien se le impute la entrada clandestina no se le puede sancionar mientras no se pruebe previamente su culpabilidad. El criterio jurisprudencial se ha

decantado por la necesidad de una condena previa de tipo penal que justifique la imposición de la medida de expulsión. Si el accionante no consigna nuevos antecedentes –para demostrar que no se ha perpetrado el delito de ingreso clandestino– se entiende que el delito se ha configurado y procede la expulsión. Por otra parte, según la jurisprudencia de los tribunales chilenos, si no se ha ejercido la acción penal por el *ingreso clandestino*, menos podría accionarse un recurso tendiente a revisar el debido proceso de respecto de la comisión de ese delito. La motivación adicional del juzgador se ha fundamentado en la necesidad de brindar resguardo al estatuto punitivo y administrativo del Estado, lo que se vería conculcado al ignorar el incumplimiento o transgresión de la normativa legal vigente en materia de ingreso y permanencia de extranjeros en el país, especialmente cuando éstos incurren en ilicitudes. La comisión del delito de *ingreso clandestino* ha sido suficiente argumento para que la autoridad migratoria procediera a ordenar la expulsión. En este contexto, los tribunales chilenos han argumentado que no basta la sola alegación de arbitrariedad, pero no se señalan mayores detalles sobre los elementos que hubiesen permitido demostrar tal situación. En cambio, se ha sostenido que la orden de expulsión es una facultad que puede ejercer la administración del Estado. El criterio de las cortes de máxima instancia en Chile ha favorecido la expulsión del individuo cuando la controversia planteada tiene como trasfondo la comisión del delito de *ingreso clandestino*. También hacen énfasis como sustento de sus argumentaciones en el reconocimiento expreso que ha efectuado el accionante respecto de su ingreso al territorio chileno por canales irregulares. Ello ha permitido, a las referidas cortes, considerar en todos estos casos el ingreso clandestino como un hecho no controvertido. La normativa migratoria chilena considera la expulsión en estos casos como una decisión imperativa por parte de la autoridad migratoria. Este criterio resulta muy similar al desarrollado por el TJUE según el cual se privilegia la expulsión antes que la aplicación de sanciones penales, ya que el trámite en jurisdicción penal por la comisión del delito de estancia irregular solo implica un retraso en la efectiva expulsión del inmigrante.

**I.1.** Respecto de las sanciones penales con motivo de la violación de una prohibición de entrada, también se observan criterios de interés emitidos por los tribunales de máxima instancia en Chile. Si bien el ingreso a territorio chileno exige que el inmigrante no esté sujeto a prohibiciones expresas, en algunos casos los tribunales chilenos han acordado la admisión del recurso interpuesto contra la prohibición de entrada, ordenando dejar sin efecto tal prohibición con fundamento en la protección del núcleo familiar. En este contexto, los tribunales han entendido que tales circunstancias tienen preponderancia sobre las disposiciones migratorias. También se observan criterios de interés respecto de las prohibiciones de ingreso aplicables a aquellos que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo, sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto. Los tribunales han acotado que las prohibiciones de ingreso no pueden ser consideradas como un acto ilegal o arbitrario, ya que estas corresponden al cumplimiento de la norma migratoria vigente. Por ello, solo se puede dejar sin efecto la prohibición de ingreso por medio de un procedimiento administrativo previo. Asimismo, los tribunales han reiterado el deber de los amparados de justificar que cuentan con los medios económicos necesarios para vivir en Chile sin constituir una carga social, a fin de hacer improcedente una prohibición de entrada. Sin embargo, la verificación por parte de la autoridad migratoria de los medios económicos suficientes de subsistencia, por ser una cuestión subjetiva y discrecional, debe ser analizada con prudencia y de forma restringida. Los tribunales chilenos han desestimado el recurso interpuestos contra las prohibiciones de entradas que no han sido

previamente revocadas. Sin embargo, llama la atención los votos disidentes pronunciados contra las prohibiciones de entrada con duración indefinida. En estos votos se ha sostenido que el efecto sancionador derivado del ingreso clandestino no puede extenderse indefinidamente en el tiempo, sobre todo cuando la expulsión derivada de tal entrada ilegal ya ha sido cumplida por el amparado de manera no compulsiva. La posición jurisprudencial se ha inclinado a favor de la prohibición de ingreso de extranjeros que hayan sido expulsados del país, cuyo decreto de expulsión este aún pendiente, –tal como lo regula la legislación migratoria vigente– ignorando la posibilidad de tomar en consideración otros criterios que permitan de alguna manera subsanar los vacíos legales en relación con la duración *eterna* de este tipo de decretos, a menos que estos sean previamente revocados. Pero en todo caso, se ha enfatizado que el agotamiento de la vía administrativa y el empleo de los mecanismos idóneos para poder dejar sin efecto tales órdenes de expulsión. Otro de los elementos que se aducen por las cortes para no admitir los recursos interpuestos en esta materia, obedecen a la necesidad de una medida cautelar de carácter urgente para restablecer el imperio del derecho. En este contexto, lo previsto en la directiva retorno podría ofrecer parámetros orientadores para la regulación legal de las prohibiciones de entrada. Recordemos que esta normativa establece que la duración de las prohibiciones de entrada, deben determinarse con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años salvo que la persona sobre la que recae la prohibición represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Adicionalmente, según esta normativa europea, la aplicación automática de prohibiciones de regreso asociada a todo procedimiento de expulsión es contraria a sus principios. Ello obedece a que tales prohibiciones se deben basar en datos objetivos y con una duración determinada en consideración a todas las circunstancias relevantes del caso individual.

**I.2.** Por último, para los tribunales chilenos, los elementos de *proporcionalidad* y *racionalidad de la medida* son parámetros que deben ser tomados en cuenta para que opere la restricción de la libertad personal del inmigrante. Así, las posibles restricciones a la libertad personal en los procedimientos de detención y expulsión no pueden exceder los límites naturales de la razonabilidad y proporcionalidad, dentro del contexto inherente al respeto de sus derechos fundamentales. Estos elementos han sido vinculados con la necesaria *juridicidad* y *justificación* que deben acompañar a toda medida de privación de libertad. Así, una prolongación del tiempo de detención, pero carente de juridicidad, racionalidad, de justificación y que sobrepasa toda proporcionalidad, se traduce en una indebida e ilegal privación de libertad. Por ello, si bien se admiten eventuales retardos en las expulsiones, estos trámites deben verificarse con las personas en libertad y nunca reclusos por todo ese lapso. Pese a la recurrencia por parte de los tribunales de máxima instancia en Chile en cuanto al empleo de términos relativos a la *proporcionalidad* de la medida, no se observa en la argumentación de tales pronunciamientos un efectivo desarrollo de lo que se conoce en la doctrina como el *examen de proporcionalidad*. No obstante, aunque estamos en presencia de nociones altamente dotadas de ambigüedad, tales criterios permiten ir construyendo los parámetros bajo los cuales pueden definirse los elementos que las precisen. En este sentido, mayor claridad se observa en las previsiones contenidas en la directiva retorno. Ello es así porque en el referido texto normativo se prescribe el empleo –solo como último recurso– de las medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, por parte de los Estados miembros. Además, el referido

instrumento europeo precisa que tales medidas sean adoptadas de forma *proporcionada* y la fuerza ejercida no debe ir más allá de lo razonable, atendiendo a parámetros legales, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del inmigrante. La jurisprudencia europea también ofrece interesantes aportes sobre este tema al precisar que no se debe adoptar sistemáticamente una decisión de retorno contra nacionales de terceros países en situación irregular, sino que los operadores de justicia tienen la obligación de considerar la situación personal y familiar del extranjero y las circunstancias que puedan impedir una orden de expulsión, con detenciones por el plazo mínimo necesario y nunca prolongada indefinidamente, en base a la aplicación del principio de proporcionalidad.

### **3.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

**A.** Respecto de la protección del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, Chile ha suscrito un variado conjunto de instrumentos internacionales, los cuales son aplicables también, durante la detención administrativa y la expulsión. En Chile, la protección del derecho a la integridad personal está asociada a la afirmación de la dignidad humana como la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, integrante e irrenunciable de la condición humana por parte de la CPR. Este derecho tiene una evidente relación con la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, también reconocido en la CPR. Esta prohibición está regulada bajo la figura de apremio ilegítimo. Se trata de una prohibición que no admite excepciones. Recientemente se ha introducido al Código Penal un tipo de tortura y un nuevo delito de apremios ilegítimos. No obstante que la nueva tipificación de tortura consagrada en la Ley N° 20.968 de 2016 es mucho más parecida a la contemplada en las convenciones antes citadas, esta tipificación ha sido criticada –incluso por parte de organismos internacionales– al señalar que la misma no abarca los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero. El derecho a la protección de la integridad física y psíquica tiene una especial vinculación al derecho a la salud. Sin embargo, el derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud tienen un reconocimiento diferenciado. Esta garantía constitucional forma parte de la dignidad humana y el Estado está obligado a respetarla, aunque este verse sobre un derecho social. La protección de la salud garantizada por la CPR debe brindarse sobre bases igualitarias. La protección del derecho a la salud bajo dichos parámetros también debe hacerse extensible a los migrantes detenidos, cuya integridad física y psíquica debiera ser garantizada incluso hasta la fase de expulsión.

**B.** Respecto del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, la legislación migratoria chilena vigente solo se limita a establecer las condiciones para la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio, pero nada establece sobre la protección de los derechos humanos del inmigrante, ni mucho menos contiene previsiones en lo que atañe a su derecho a la integridad personal. Así, solo unos pocos extractos pueden obtenerse de un minucioso escrutinio. En cuanto la detención de extranjeros en situación irregular, DL 1.094 se muestra inexacto en ciertos parámetros. Respecto del *traslado* a un *lugar habitado* del territorio de la República, mientras se regulariza la estada del inmigrante o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes hemos de señalar que, dicha normativa no se especifica si el inmigrante

quedase en calidad de detenido ante dicha autoridad o de cuánto tiempo se dispone para efectuar dicho traslado, por mencionar algunas interrogantes. A tales efectos, el DL 1.094 solo especifica que el objeto de las medidas de traslado será el de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes. Las anteriores imprecisiones resultan de interés capital cuando se trata de cumplir con la obligación de optimizar la aplicación de las realidades jurídicas aquí reguladas siguiendo el estándar de los preceptos internacionales. Pero la ley vigente no contiene mayores detalles al respecto y si mucha discrecionalidad a la autoridad competente en materia de detención. En lo relativo a la detención administrativa de inmigrantes, hemos de acotar que la legislación migratoria chilena lo regula bajo condiciones imprecisas. El referido artículo señala que este lugar puede ser *un centro carcelario* –lo que contraría las disposiciones de los instrumentos internacionales relativas a la separación de los inmigrantes detenidos respecto de los presos ordinarios, así como que la detención sea ejecutada en lugares especializados para ello, que reúnan las condiciones mínimas de detención– o, un *lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen*, redacción que evidentemente dota de una amplia discrecionalidad a la autoridad encargada, posibilitando con ello la vulneración de los derechos del detenido ante la ambigüedad con la que el referido precepto se refiere al lugar de detención. Adicionalmente, el DL 1.094 contempla varias causales para proceder a la expulsión, pero nada dice respecto de la protección de los derechos del expulsado ni respecto del principio de *non refoulement* aceptado ampliamente por la comunidad internacional y demás instrumentos que integran este ámbito. Y aunque el poder del Estado es muy amplio, éste no puede incurrir en situaciones de arbitrariedad. Las anteriores previsiones del DL 1.094 son las únicas que pueden ser observadas en relación con las condiciones mínimas en la detención de inmigrantes y su posterior expulsión. Nada sanciona el referido decreto ley respecto de las condiciones de salubridad y atención médica que deben ser brindadas al detenido tan pronto ingresa al centro de detención, ni durante la duración de esta. Mucho menos se hace referencia a los derechos de atención sanitaria, facilidades y tiempo para la recreación o esparcimiento del detenido, provisión de servicios básicos relativos a su higiene, alimentación, lugar de descanso, que indudablemente deben ser proporcionadas al detenido en la espera de su expulsión. También se echa en falta aquellas previsiones relativas a la protección especial dirigida a grupos especialmente vulnerables como niños y mujeres migrantes.

C. Una revisión de las disposiciones del ámbito administrativo, contenidas en el Reglamento de Extranjería –respecto del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles e inhumanas o degradantes– hace patente una vez más la amplia discrecionalidad de la autoridad encargada de acordar y ejecutar las medidas de detención y expulsión de inmigrantes. Las imprecisiones del referido texto normativo implican, para el inmigrante detenido, un estado de indefensión. Ello porque no cumplen con los parámetros mínimos relativos al lugar y tiempo de duración de la privación de su libertad. Respecto de otras medidas de tipo administrativo, hemos de señalar respecto de la implementación de la Ley N° 20.430 de 2010 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, que se trata de un avance positivo en este contexto. Sin embargo, dicha normativa solo es aplicable a los inmigrantes que ostentan esta cualidad de refugiados y no al resto de los inmigrantes, a quienes se les debería también garantizar el derecho de no devolución en aquellos casos cuya expulsión implique para ellos un riesgo de tortura o tratos crueles en el país de destino. Adicionalmente, de la lectura del PNDH 2018–2021 se observan acciones tendientes a la



*educación en derechos humanos y labor penitenciaria*, lo que sería un aspecto positivo por sus consecuencias en lo referente al respeto de los derechos humanos por parte de los funcionarios encargados de los recintos destinados a la atención. En un mismo tenor se observa el *Programa Nacional de Formación de Monitoras y Monitores Comunitarios en Violencias contra las Mujeres*. En el ámbito de la salud, el referido PNDH 2018–2021 contempla el seguimiento y monitoreo de la norma de acceso a salud personas migrantes, a fin de asegurar el cumplimiento de la Circular A15 N° 4 de junio 2016 que instruye respecto de la implementación del Decreto N° 67 de 2015 y reitera todas las vías de acceso al sistema de salud y precauciones en la línea de garantizar la atención de salud en iguales condiciones que la población nacional, en las instituciones involucradas. También se ha acordado brindar atención médica de urgencia para las personas extranjeras que se encuentren en Chile con condición migratoria irregular. Estas medidas de tipo administrativo se hacen extensibles a los inmigrantes detenidos con fines de expulsión, a fin de asegurarles en las mismas condiciones el acceso del derecho a la salud, para las mujeres embarazadas y en caso de atención médica urgente independientemente de su estatus migratorio. No obstante, no se observan en el referido plan acciones tendientes a la promoción de una reforma legislativa que permita contemplar los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero y, adicionalmente, establecer penas que sean adecuadas a la gravedad del delito y que no genere problemas de interpretación; falencias que habían sido señaladas por el Comité contra la Tortura con ocasión de su último informe respecto de Chile. Tampoco se observan acciones tendientes a la implementación de un Mecanismo Nacional de Prevención, a fin de cumplir con los requerimientos que se han estipulado en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

**D.** En cuanto al PL en tramitación, una vez que este firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión de un extranjero del país, se podrá acordar la privación de libertad del detenido por un plazo no mayor de 72 horas. De ello se desprende que se contempla la detención como medida preparatoria para la expulsión, siendo una medida precautoria por excelencia y no una medida excepcional. Estas privaciones o restricciones de libertad solo podrán practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la policía, dando cumplimiento a los estándares sanitarios y de habitabilidad adecuados. En las Indicaciones de 2019 se acordó agregar la siguiente frase: “y de seguridad individual, establecidos en las letras b), c), d) y e) del numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”. Estos preceptos constitucionales están referidos al debido proceso durante la detención, a fin de garantizar el resguardo de la libertad personal. Pero nada se aporta en relación con las condiciones mínimas que deben cumplir los lugares destinados a la detención de inmigrantes. La designación de las dependencias de la policía como lugares destinados para la detención de inmigrantes resulta incongruente con los principios internacionales y demás criterios jurisprudenciales emitidos en materia de detención de inmigrantes. En estos preceptos se plantean criterios orientadores respecto de la interpretación que debe dársele a las normas contenidas en el PL –en sus artículos 3, 10 y 11– cuyos principios contrastan con la designación de las dependencias policiales como lugares para la detención de inmigrantes. En cambio, sería recomendable que la detención pueda ser efectuada en el domicilio del inmigrante –como lo propone el PL–, o que, en su defecto, los inmigrantes sean trasladados a lugares especializados que cumplan con las condiciones mínimas en cuanto al espacio y condiciones sanitarias, entre otros aspectos. Aquí, adquiere relevancia lo regulado por la directiva retorno, según la cual el internamiento debe realizarse por regla general en lugares

especializados de detención, para brindar un trato diferente al inmigrante respecto del que reciben los presos comunes. El PL contempla varias causales para proceder a la expulsión y agrega ciertos parámetros para la protección de los derechos del expulsado. Entre estos se incluye el deber de permitir el contacto de familiares y representantes legales y el de recibir tratamiento médico cuando sea necesario. No obstante, en el ámbito de la protección a la salud se acota que, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos. Por otra parte, también se observa que en el referido PL no se hace referencia a las facilidades y tiempo para la recreación o esparcimiento del detenido, provisión de servicios básicos relativos a su higiene, alimentación, lugar de descanso, que indudablemente deben ser proporcionadas al detenido en la espera de su expulsión. Adicionalmente, en el PL se observan previsiones que podrían traducirse en vulneraciones, al permitir que una vez liberado el inmigrante se pueda proceder nuevamente la detención del inmigrante para hacer efectiva la expulsión. Por su parte, el PL señala que las medidas de expulsión y retorno asistido podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento por la misma autoridad que las dictó. Se entiende que, con la revocación o suspensión de la medida de expulsión, la detención administrativa debería cesar. Ello es así porque, según el PL, la medida de detención se concibe como necesaria solo a los fines de garantizar la expulsión. Al respecto, el PL solo dispone la posibilidad de reclamar judicialmente de la orden de expulsión. Pero respecto de la detención, por tratarse de otro acto previsto en el PL, si se admite la interposición de los recursos administrativos contemplados en la LBPA, así como los demás recursos y acciones judiciales correspondientes. Ello se traduce en la posibilidad de accionar el amparo constitucional o *habeas corpus* contra las medidas de detención administrativa. Otro aporte interesante del PL se observa en la inclusión del principio de *non refoulement*, lo que le diferencia notablemente de la legislación migratoria vigente, que no contiene ninguna referencia. Se trata de un resguardo para aquellos inmigrantes que gocen del estatus de asilados políticos. Sin embargo, la forma en la que está redactada esta prescripción en el PL nos plantea interrogantes respecto de aquellos inmigrantes que aún no ostenten la cualidad de asilado político y no obstante su libertad peligre ante una eventual expulsión a estos países. Tampoco se observa referencia alguna respecto de la puesta en riesgo a la vida del inmigrante o al riesgo de ser sometidos a torturas y tratos crueles o inhumanos, elementos que generalmente han caracterizado la redacción del principio de *non refoulement* en otros textos e instrumentos internacionales. Sin embargo, en atención a las previsiones de los artículos 3 y 10 del referido PL, se podrían aplicar estas previsiones internacionales que han sido ratificadas y vigentes en Chile, subsanando las falencias antes acusadas.

**E.** La Corte Suprema también ha emitido pronunciamientos relevantes respecto de los recursos de amparo incoados con el objetivo de asegurar la protección de los derechos humanos del inmigrante en materia de detención y expulsión. De tales fallos, también se pueden extraer aportes en el tema de la garantía del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes durante la detención administrativa. Los criterios jurisprudenciales se decantan por la necesidad de proteger el derecho a la libertad personal del inmigrante en todas sus dimensiones, atendiendo a la especial vulnerabilidad que le caracteriza. En ese orden de ideas, en los fallos revisados se observa un énfasis en el deber de respeto y promoción de los derechos humanos adquiere ribetes especiales cuando se trata

de extranjeros, quienes de momento carecen de redes de apoyo familiar y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. Además, respecto de las condiciones mínimas que deben regir durante la detención administrativa –específicamente en lo que atañe a las condiciones de los centros de detención– se ha precisado que los recintos en los cuales se recluyan a los inmigrantes detenidos deben estar habilitados para una detención de larga duración, lo que no ocurre con los recintos policiales que, están habilitados para detenciones transitorias. De igual modo, de estos criterios se deduce la necesidad de que los detenidos cuenten con el espacio mínimo de las celdas que permitan su movilidad e impida el hacinamiento, junto a la necesidad de contar con camas para dormir, acceso a salas sanitarias y el aseo personal. También se ha señalado la necesidad de que los detenidos cuenten con salidas periódicas al aire libre, así como la iluminación adecuada y ventilación de los centros de detención. Es criterio del tribunal que, el no asegurar tales condiciones mínimas durante la privación de libertad es del todo indigna para cualquier persona, tratándose de irregularidades que no pueden ser toleradas. Asimismo, se ha enfatizado el deber de proceder a la expulsión con prontitud, lo cual no debe exceder de 24 horas, entendiendo que la privación de libertad no puede extenderse de este plazo por tener un carácter estrictamente *funcional o instrumental* a dicha medida de expulsión. Así, se trata de un término perentorio que la ley ha señalado para llevar a cabo la expulsión ya que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, desde que importa la afectación de un derecho fundamental. De igual modo se han emitido criterios respecto de las condiciones *indignas* de la detención. Sin embargo, se observa cierta ambigüedad respecto de las referidas *condiciones materiales e indignas* a las que se refiere el juzgador. Ello es así porque el juzgador no se ha detenido en mayores explicaciones al respecto, lo que hubiese sido deseable en aras de precisar detalles relativos al estándar mínimo exigible para tales condiciones de privación de libertad. Una contribución a los criterios anteriores se puede extraer de las previsiones jurisprudenciales emitidas en el ámbito de la UE. Tengamos presente que la directiva retorno prevé que la detención de inmigrantes con fines de retorno/expulsión debe ejecutarse en centros especializados y no en prisiones comunes. Además, en casos excepcionales, el inmigrante deberá estar separado de los presos ordinarios. Por otra parte, aunque los tribunales de máxima instancia chilenos no ha emitido criterios respecto de las obligaciones de satisfacer las necesidades básicas de los inmigrantes detenidos, se puede extraer –como un aporte enriquecedor en su vertiente *pro homine*– el criterio emitido al respeto por el TJUE según el cual los Estados están obligados a cubrir también otras necesidades básicas para garantizar que se puedan prestar efectivamente la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades durante el período de la detención previa a la expulsión, a fin de asegurar una protección eficaz de sus intereses y en especial una repatriación en condiciones humanas y dignas.

### **3.2. Del derecho a la vida privada y familiar.**

**A.** El derecho a la vida privada y familiar junto a su salvaguarda en los casos de detención y expulsión de inmigrantes también se encuentra recogido en diferentes instrumentos internacionales que han sido debidamente suscritos por Chile. Sin embargo, aún existen acciones que debe implementar el Estado chileno para dotar de coherencia a su política internacional en relación con los derechos humanos.

**B.** La CPR contempla a la familia como el núcleo de la sociedad y establece el deber del Estado de propender a su fortalecimiento, al igual que los diversos pactos internacionales

suscritos por Chile. Independientemente de la modalidad bajo la que el núcleo familiar sea conformado, la protección a la vida familiar brindada por la CPR implica para la comunidad política no solo el deber de respetar y no agredir negativamente a aquella sino el de adoptar medidas que tiendan a fortalecer la autonomía familiar cuando por diversas circunstancias agresivas esta se vea debilitada. Y tales criterios también deben ser considerados válidos y aplicables en lo que atañe a la detención y expulsión de inmigrantes cuando tales procedimientos afectan el núcleo familiar de estos grupos vulnerables. La CPR alude a la vida privada de la persona y al derecho a la vida familiar de forma conjunta, al asegurar a todas las personas el respeto de estos derechos en el referido precepto, no obstante que se trata de conceptos que no deben identificarse sin más, ya que existen relaciones de familia que son de carácter público –al ser de interés para la estructura social e incluso para la protección de la vida familiar– y otras que interesan o solo conciernen al que las viven y por ende quedan circunscritas dentro de la esfera de la intimidad personal. Aunque la CPR recoge la idea de *vida privada* como bien jurídico digno de protección, no existe una definición en la regla constitucional ni en la ley de lo que debe entenderse dentro de esta noción, dejando como tarea de su delimitación a la jurisprudencia. Muy relacionado con la protección del derecho a la vida familiar se encuentra la protección del interés superior del niño. Se ha sostenido que conforme a este principio, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en las actuaciones y decisiones que les afecten –sea que ellas provengan de autoridades legislativas, judiciales o administrativas, de las organizaciones de la sociedad civil, de instituciones privadas, o de los padres o personas que lo tengan legalmente bajo su cuidado– se evalúen las posibles repercusiones de dicha actuación o decisión en aquellos, y que entre diversas decisiones posibles se elija aquella que satisfaga de manera más efectiva su interés superior, entendido, como el disfrute y satisfacción de sus derechos. Aquí la ponderación en cada caso juega un rol fundamental en la protección del núcleo familiar cuando de proteger al niño se trata.

**C.** En lo tocante a la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar, una vez más hemos de señalar que el DL 1.094 nada contempla en relación con la protección de este derecho, y se han adoptado medidas administrativas que prevén la detención y expulsión del inmigrante sin tomar en cuenta su situación familiar. Otra falencia que se observa en las normas migratorias chilenas está relacionada con la falta de motivación de los actos administrativos de fondo que expiden las autoridades correspondientes, en la aplicación del DL 1.094. Este precepto contiene causales carentes de motivación que muchas veces se traducen en afectación del derecho a la vida privada y familiar. Junto a estas deficiencias, la falta de especificidad en cuanto a las medidas de expulsión y su duración también se traduce en consecuencias negativas para la protección del derecho a la vida privada y familiar. Esto es así, ya que el referido decreto no contempla un plazo de duración de las prohibiciones de entrada, configurándose así una sanción indefinida que impacta a muchas familias y que exige limitaciones en el tiempo de duración para evitar la vulneración de estos derechos.

**D.** Las acciones de corte administrativo implementadas respecto de la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar son de índole variada. No obstante, aunque estas acciones han significado un avance al permitir regularizar la situación en la que se encontraban los niños y niñas migrantes –debido a que se entrega visa independientemente de la situación de sus padres– puede afectar negativamente al grupo familiar, ya que el beneficio no se extiende al otro padre o madre. Lo mismo podría decirse de la visa para hijos e hijas de extranjeros transeúntes, caso en que la ley tampoco ha mencionado que esta podrá hacerse extensiva a

sus padres, ni siquiera en carácter de dependencia. Del mismo modo, la exigencia de un certificado de matrimonio o acuerdo de unión civil para acreditar la relación de pareja puede impactar negativamente la relación del hijo o hija con su padre o madre tratándose de uniones de hecho. Esto puede tener connotaciones negativas a la hora de aplicación de sanciones de expulsión, situaciones en las que no se brindaría protección al otro cónyuge por no tener autorizadas este tipo de visas que le habiliten para permanecer de forma legal dentro del territorio chileno. Por su parte, el PNDH 2018–2021 contiene entre sus acciones a seguir, la prohibición de imposición de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes migrantes –desde amonestaciones a expulsiones administrativas– ni contra los padres que actúan en su representación. De alcanzar estas propuestas, se posicionaría a vanguardia a Chile, en sintonía respecto de las directrices emanadas de los organismos internacionales e interpretación de los convenios internacionales existentes en materia de derechos humanos respecto de la protección de los derechos de este grupo vulnerable. Respecto del Instructivo Presidencial N° 009 de 2008, un aporte positivo lo observamos en la posibilidad de conceder prioridad para su establecimiento en territorio chileno a aquellos que tienen vínculos familiares (padres, hijos, cónyuges) con chilenos o con extranjeros residentes. En cuanto al Instructivo Presidencial N° 005 de 2015, hemos de destacar su objetivo de actualizar el marco normativo, con un enfoque transversal de derechos humanos y recogiendo los principios dispuestos en el Instructivo anterior. Este instructivo hace referencia a la necesidad de fortalecer la institucionalidad en la gestión migratoria y establecer un plan de acción sobre migración.

**E.** Respecto del derecho a la vida privada y familiar, uno de los aspectos positivos del PL se observa en la promoción genérica de los derechos de los inmigrantes, dentro de los cuales se encuentra la salvaguarda de este derecho de modo indirecto. Adicionalmente, el PL hace referencia expresa a la reunificación familiar, que podrá ser solicitada por los residentes respecto de sus hijos y cónyuge. En esto se observa la promoción de la unidad familiar, a fin de restablecer la dignidad que asiste a todo inmigrante y, especialmente, para brindar protección a los niños y menores de edad bajo la tutela de sus padres u otros parientes adultos. No obstante, esta prerrogativa para solicitar la reunificación familiar solo se reconoce respecto de los inmigrantes que ostentan la residencia, excluyendo al resto de los inmigrantes y mucho menos a aquellos en estado irregular. Esta exclusión termina conculcando el derecho a la vida privada y familiar que le asiste a todo inmigrante independientemente de su estatus migratorio. Por otra parte, en el PL también se reconoce el principio del interés superior del niño, asegurando el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, el PL también contempla algunas previsiones atinentes a los menores no acompañados y a los requisitos para su ingreso a territorio chileno. En caso de aquellos menores no acompañados o que no cuenten con dicha autorización, el PL prevé el inicio del procedimiento de retorno. Según lo regula el PL, este procedimiento ha de sujetarse a los principios y medidas para la protección del interés superior del niño. Aquí se observa que, para hacer efectiva esta medida de retorno asistido, se contempla la prohibición de detención a extranjeros menores de edad. También se propone un procedimiento que pretende asegurar los derechos del menor retornado. La prohibición de detención de menores se observa acorde a las recomendaciones en el ámbito internacional, que apuntan a proscribir la detención de estos grupos etarios en atención a la protección del interés superior del menor y al resguardo de sus derechos humanos. Empero, no adherimos a la aplicación del retorno asistido de menores de edad no acompañados contemplado en el PL, ya que una solución más acorde

con el resguardo de sus derechos humanos sería que este fuese acogido en Chile junto a su familia. En este caso, el beneficio de la reunificación familiar también podría ser reconocido al menor inmigrante y extensivo al resto de su grupo familiar. Por otra parte, el PL contiene aspectos que deben ser considerados con antelación a la dictación de la medida para darle una debida fundamentación. Sin embargo, estos parámetros no están para ponderar la procedencia de la medida de expulsión. Otro aspecto que podría incidir negativamente en el derecho a la vida familiar se observa en la prohibición de entrada que, según el PL, podría ser acordada a perpetuidad impactando a muchas familias. Ello exige limitaciones en el tiempo de duración para evitar la vulneración de estos derechos.

**F.** La revisión de los criterios jurisprudenciales más destacados, emitidos en materia de la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar ante la detención y expulsión de inmigrantes, nos ofrece una visión interesante. En algunos casos ante medidas de expulsión, se ha privilegiado el vínculo familiar en atención a las circunstancias personales de la recurrente. Así, se ha señalado que la imposición de la medida de expulsión vulneraría la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como el interés superior del niño. Las cortes chilenas han sostenido que no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, ya que con dicha medida de expulsión ciertamente se lesionaría el interés superior del menor. Si bien de la revisión jurisprudencial se observan argumentaciones que se repiten en la mayoría de los casos –por parte del operador de justicia–, no es menos cierto que también se pueden observar algunas variantes menores, a fin de dejar sin efecto la orden de expulsión. Entre estas se pueden observar las siguientes: la imposibilidad –por parte de los Estados que son parte en la CDN– de propender a la separación física de los padres en relación a sus hijos, la expulsión constituye una amenaza cierta de la libertad ambulatoria de los familiares del expulsado, la expulsión deviene en desproporcionada, la expulsión no puede ejecutarse mientras el inmigrante afectado por dicha medida tenga obligación de cumplir con la obligación alimenticia, se debe considerar la situación de dependencia de los miembros de la familia respecto del expulsado, la separación del núcleo familiar con motivo de la expulsión merma del pleno desarrollo emocional y social como consecuencia de la eventual interrupción de la etapa escolar del niño, entre otros aspectos. Así, queda en evidencia que el objetivo perseguido no es otro que el de asegurar la protección del interés superior del niño, junto a la protección de la infancia y el resguardo de los derechos a la vida familiar del niño, niña o adolescente con nacionalidad chilena la que constituye el fundamento para la suspensión de estas órdenes de expulsión. No obstante, la protección de los intereses anteriormente señalados también se traduce en la protección indirecta de los derechos del inmigrante respecto de su vida familiar. Y es que resulta innegable que, bajo los criterios anteriores, las cortes de máxima instancia en Chile han dejado en evidencia el grave impacto que acarrea la expulsión para el ámbito familiar. Un elemento de gran peso respecto de la suspensión de las medidas de expulsión es la proporcionalidad de la medida. Cuando la expulsión afecta el núcleo familiar se entiende que es una medida desproporcionada. Por ello, en la valoración de las circunstancias personales del inmigrante, adquiere especial relevancia la protección de la vida familiar. Ello exige que se estudie en cada caso la intensidad de los lazos familiares junto con la gravedad de la conducta que provoca la expulsión del inmigrante. A su vez, se debiera promover la incorporación de estos criterios en la legislación nacional, a fin de proteger la unidad de las familias de los migrantes, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos. Aquí también revisten de interés los aportes que se observan en los criterios emitidos por el TJUE. Al respecto, este

tribunal ha señalado que no se puede obligar al inmigrante a abandonar el territorio sin comprobar previamente si entre ese inmigrante y el ciudadano, miembro de su familia, existe una *relación de dependencia*. Esta *relación de dependencia* debe ser tal que este último se vería obligado a acompañar al nacional del tercer país a su país de origen, cuando es justamente dicha relación de dependencia la que en principio justificaría la concesión de un derecho de residencia derivado a ese inmigrante.

### 3.3. Del derecho al debido proceso.

**A.** Así como los derechos anteriormente analizados han sido consagrados en diferentes instrumentos internacionales, los cuales han sido suscritos por Chile, el resguardo del derecho al debido proceso no es la excepción. Sin embargo, se ha referido a la escasa información disponible sobre las salvaguardas y normas de procedimiento –aplicables a las personas bajo detención administrativa o sujetos a un procedimiento de expulsión– reconocidas en la legislación del Estado chileno, así como sobre los procedimientos existentes para garantizar el respeto en la práctica de dichas disposiciones.

**B.** Respecto del debido proceso hemos de considerar varios aspectos contenidos en la CPR. Este texto consagra el derecho de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que se traduce en el derecho a la defensa jurídica, la debida intervención del letrado con asistencia jurídica gratuita y el derecho a que la jurisdicción se establezca en un proceso previo legalmente tramitado que respete las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Este principio de igualdad, lejos de ser una simple declaración es una norma jurídica, que contiene un deber ser, *un mandato de optimización* que exige proyectarse en la realidad social y en los desarrollos normativos. No obstante, este derecho no se encuentra expresamente definido en la CPR y no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso en Chile, aunque todas ellas han sido analizadas por la literatura. Así, a nivel constitucional, el derecho del debido proceso se encuentra consagrado con asignación de los adjetivos *racional* y *justo*, al procedimiento. En la CPR se asegura el derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas. La intervención del letrado debe ser respetada. Además, precisa el derecho al juez predeterminado por la ley, con antelación a la perpetración del hecho en cuestión. Otra garantía del debido proceso muy relacionada a este asunto es la relativa al derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial. También, se contempla el derecho a la bilateralidad de la audiencia y junto a este derecho, el derecho al debido emplazamiento. Este derecho también está íntimamente ligado al derecho a presentar e impugnar pruebas. El legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de estos o la satisfacción que, según el caso, proceda. Por su parte, el derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo también forma parte del debido proceso resguardado por la CPR en base al cual, el juez debe razonar sobre el *petitum*, sobre el fondo, y ello debe quedar además exteriorizado en la motivación. El resguardo del debido proceso también incluye derecho al recurso, pero en este aspecto, se ha señalado que, aunque la CPR exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia y, por ende, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación. El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de

sus derechos es uno de los derechos asegurados por la CPR, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito. Así, la tutela judicial efectiva garantiza todos los derechos inherentes que permiten acceder a un debido proceso.

**C.** Tras la revisión del DL. 1.094, observamos lo siguiente:

**C.1.** En el procedimiento administrativo de solicitud de otorgamiento de visados: el DL 1.094 no establece plazo alguno para el cumplimiento de las funciones de la autoridad migratoria. Una respuesta a estas falencias se encuentra en la aplicación supletoria de la LBPA, específicamente de los principios bajo los cuales de rige el procedimiento administrativo: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. Por otra parte, la legislación migratoria vigente no contiene aspectos que regulen la legalidad de la sanción y si un sistema de infracciones con causales muy amplias, sin graduaciones en las sanciones, las que son entregadas a la interpretación sin contrapesos de la administración migratoria y sin un debido proceso para su establecimiento, ni audiencia en la que el afectado pueda hacer descargos, siendo escasos los recursos para impugnarlas, entre otros problemas. Así, las facultades de revocación de visados antes señaladas se traducen finalmente en la expulsión del inmigrante. En este orden de ideas, los rechazos y revocaciones que ordenan el abandono voluntario del país deben disponerse mediante resolución fundada y debe notificarse de forma personal o mediante carta certificada de su domicilio registrado. Aquí es oportuno aclarar que, la mera indicación formal de las circunstancias de hecho y de derecho no es estándar suficiente para dar por cumplido el requisito de la fundamentación, sino que esta última es necesaria para comprender su justificación y racionalidad. Un aspecto positivo de esta legislación lo constituye el hecho de promover el *abandono voluntario*. Pero no se indica en esta legislación bajo cuáles criterios se ha de promover esta salida voluntaria del país. Además, el plazo para el abandono voluntario es excesivamente corto, lo que incide negativamente en el inmigrante, especialmente si se trata de personas que de alguna manera tienen un arraigo en el país, caso en el que dicho lapso resultará insuficiente para proceder de forma voluntaria a la salida. Respecto del decreto fundado de expulsión, hemos de acotar que, el DL 1.094 no garantiza la independencia de las autoridades administrativas encargadas de velar por la aplicación del referido decreto, lo que se traduce en retardos injustificados respecto de los trámites que despliega el inmigrante ante aquellas dependencias administrativas, afectando con ello el resguardo de su derecho al debido proceso en lo tocante a la celeridad de las actuaciones. Estas falencias debieran ser subsanadas. Si la actividad administrativa solo tiene sentido y justificación ahí donde es necesario amparar derechos y libertades públicas, individuales o colectivas, en aras de cumplir con este sentido o razón de ser, debiera garantizarse la independencia de esta institución.

**C.2.** Reclamación en sede administrativa ante rechazo o revocación de un visado, u orden de expulsión sancionatoria: respecto de los recursos de: invalidación, reposición, jerárquico y extraordinario de revisión, contemplados en dicha en la LBPA, se observan deficiencias en relación con el cálculo de los lapsos para la interposición de los recursos administrativos. Ello porque en el ámbito migratorio, se observa un entramado de reglas procesales que pueden dificultar al inmigrante el ejercicio de sus acciones dentro de los lapsos respectivos. Estas dificultades patentan la necesidad de unificar los criterios respecto del cómputo de los lapsos procesales para la interposición de estos recursos administrativos, como el justificado requerimiento de brindar al inmigrante una asesoría jurídica técnica y gratuita que le facilite



el ejercicio de sus derechos recursivos en esta fase. Ello en aras de evitar que el afectado de una medida de esta índole quede en un estado de indefensión ante la preclusión de los referidos lapsos. Dado que la legislación migratoria vigente se enfoca en muchos requisitos –trámites de entrada, salida y residencia en el territorio chileno– pero pocas garantías en cuanto a los procedimientos de revocación y expulsión, estas garantías supletorias ofrecidas por la LBPA en la materia revisten de especial interés en la protección de los derechos procesales de los inmigrantes detenidos, así como sujetos a procedimientos de expulsión con motivo de la revocación de tales permisos de residencia.

**C.3.** Acción Especial de Reclamación Judicial (artículo 89 DL 1.094): según la legislación migratoria chilena, la interposición de este recurso está sujeta a variados requisitos y formalidades. La ausencia de cualquiera de los requisitos señalados acarrea –en la mayoría de los casos– la declaración de extemporaneidad, improcedencia o, derechamente, el rechazo de los recursos. Además, aunque este recurso puede ser interpuesto no solo por el afectado sino también por sus familiares, en la práctica se traduce en una utopía. Esto es así porque, en muchos casos, la persona afectada con la medida de detención se encuentra impedido para ejercer personalmente el referido recurso de reclamación. Aunado a ello, la posibilidad de ejercer la impugnación por parte de algún familiar del afectado se vuelve casi nula si tomamos en cuenta que en muchos casos el afectado con la medida de detención no cuenta con familiares en Chile. Por ello, este recurso debiera ser accionable por cualquier persona para asegurar que el mismo sea una opción realmente viable desde el punto de vista procesal. Además, no podemos ignorar que el plazo concedido para la defensa es muy breve, lo que no deja espacio para la defensa. Respecto del efecto suspensivo de la orden de expulsión, hemos de señalar que, aunque el efecto suspensivo de la ejecución de la orden de expulsión se observa como un aspecto positivo, no ocurre lo mismo con respecto de la privación de libertad ordenada por el referido precepto. Ello porque esta extensión respecto de la duración de la detención no tiene un plazo definido, lo que también vulnera las garantías del debido proceso por tratarse de una privación de libertad arbitraria, ya que no está definida su duración mediante precepto legal. Adicionalmente, estas privaciones de libertad por tiempo indeterminado se despliegan sin poner en conocimiento del afectado la norma o circunstancia que ha dado origen a la sanción respectiva ni los motivos de la detención. Aquí resulta de interés lo contemplado por la directiva retorno, según la cual la duración de la detención sólo se debe mantener mientras el dispositivo de expulsión esté en curso, ejecutándose con la diligencia debida. Al mismo tiempo, si existen obstáculos a la expulsión –como el principio de no devolución–, se entiende que no hay perspectiva razonable de expulsión y por lo tanto el internamiento debe cesar. Un aspecto negativo también se observa respecto de las expulsiones mediante resolución *exenta del trámite de toma de razón*. Eso es así porque contra este tipo de resoluciones no procede la interposición del Recurso de Reclamación de Expulsión antes reseñado, ni tampoco para aquellos extranjeros que ingresen al territorio chileno infringiendo una expulsión previa ordenada por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto. Ello resulta cuestionable a la luz de los estándares internacionales erigidos en materia de protección de los derechos humanos; y, contrario a las demás disposiciones legales vigentes en Chile en materia de revisión de las actuaciones administrativas. Así, todo acto que pueda afectar en algún modo los derechos fundamentales debiera estar sujeto a la toma de razón por parte de la CGR, de modo tal que se pueda revisar su legalidad.

**C.4.** Reclamación vía acciones constitucionales de amparo o protección: Estos recursos judiciales no se encuentran contemplados en la legislación migratoria chilena vigente, sino que, tanto la acción *de protección* como la acción *de amparo* se encuentran contemplados en la CPR, respectivamente. Así, aunque se cuente con la posibilidad de ejercer varios recursos contra las decisiones que acuerdan la expulsión del inmigrante, muchos de ellos solo se deducen de la aplicación supletoria de la LBPA o por integración de normas constitucionales ante los vacíos legales en la materia. Ello se traduce en la necesidad de que dichos recursos administrativos y judiciales sean enumerados taxativamente, definiéndose los plazos para ser presentados y con la obtención de resoluciones bien argumentadas.

**D.** En relación con el resguardo del derecho al debido proceso, son varias las acciones que el gabinete ejecutivo se ha propuesto a implementar. Un aspecto positivo se observa lo contenido en el PNDH 2018–2021 respecto de las acciones para la implementación de la *citación a la persona migrante* con el propósito de respetar y asegurar el derecho de todo migrante a ser oído y ejercer su derecho de defensa previo a la dictación de una sanción migratoria. Muy vinculado con lo anterior, es oportuno mencionar las acciones de referido plan tendientes a la implementación del *Servicio de Traducción Simultánea*, cuyo servicio ha de ser provisto en forma gratuita por el Estado y estar disponible durante todo el procedimiento. Destacan también en el PNDH 2018–2021 las acciones para la *educación en derechos humanos y labor penitenciaria*, que permitirían garantizar a la población migrante el acceso a la información y oportuna respuesta. Por su parte, la Circular 15–A brindaría mejoras en la calidad del servicio de atención a inmigrantes a través del servicio de citas por media de la página web de este departamento. Asimismo, también se han promovido acciones para la capacitación a funcionarios y la Defensoría Penal Pública en Derechos Humanos, a fin de proteger y garantizar el acceso a la justicia y la atención de migrantes. Una revisión más detallada nos impele a hacer referencia a los dos instructivos presidenciales: el Instructivo Presidencial N° 009 de 2008, que establece el derecho de acceso a la justicia para los extranjeros que residan en Chile, como uno de los principios rectores de la política migratoria y en las mismas condiciones que cualquier nacional, debiendo ser oídos públicamente y con las garantías por el tribunal competente. Y, el Instructivo Presidencial N° 005 de 2015, en él se reconoció como un *eje guía de la acción gubernamental* el derecho de los inmigrantes a contar con asistencia y representación para los casos en los que sean parte, incluyendo los casos en los que se encuentren privados de libertad, teniendo derecho a ser informados oportunamente de sus derechos y ser provistos de los mecanismos que le permitan comprender los procedimientos judiciales y administrativos en los que participen.

**E.** Desde una óptica comparativa con la legislación migratoria vigente, se efectúan las siguientes consideraciones respecto del debido proceso. En cuanto al procedimiento administrativo de solicitud de otorgamiento de visados, el PL señala que ello será regulado por el reglamento respectivo. Pero este silencio afecta el derecho al debido proceso, en lo que atañe al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta falencia podría solventarse con la aplicación de las previsiones del artículo 10 del PL respecto de la aplicación de los tratados vigentes y ratificados por Chile en materia de derechos. Por otra parte, hemos de acotar que el PL contempla un listado de infracciones bastante preciso, sin recurrir al empleo de conceptos jurídicos indeterminados o nociones de conveniencia y utilidad nacional. Además, se suprimió la amplia discrecionalidad de la autoridad migratoria para evaluar la concurrencia de estas infracciones. Aunque ello podría entenderse como un aspecto positivo, no es menos cierto que tampoco se le permite a la autoridad migratoria efectuar una ponderación de las

circunstancias reinantes en cada infracción. Es conveniente dejar un mínimo margen de acción sin que ello signifique la arbitrariedad. Por otra parte, el PL contempla un plazo de 10 días al inmigrante, a fin de que presente sus descargos. Asimismo, se concede un plazo no inferior a 5 días para proceder al abandono del país. Hemos de señalar que el plazo para la ejecución de la orden de abandono sigue siendo excesivamente corto. Especialmente si se trata de personas que de alguna manera tienen un arraigo en el país, caso en el que dicho lapso resultará insuficiente para proceder a la salida. Por otra parte, el PL contempla expresamente la posibilidad de interponer los recursos administrativos establecidos en la LBPA contra las resoluciones que acuerde la autoridad migratoria. Aquí se observan notables diferencias, ya que la posibilidad de ejercer recursos administrativos se deduce por vía supletoria. No obstante, en caso de acordarse la expulsión no se puede ejercer un reclamo por vía administrativa sino mediante otras acciones judiciales. Para efectuar los cálculos de los lapsos para la interposición de los recursos administrativos el PL contempla diversos modos de efectuar la notificación según la resolución de que se trate. También se indican los modos de efectuar el cálculo de los lapsos para la interposición de estos recursos según el tipo de notificación que se practique. Se observa pues una nota de imprecisión que se traduce en inseguridad jurídica para el inmigrante, sobre todo si tenemos en cuenta que la ejecución de la expulsión depende de la formalidad del acto de notificación. De ahí que esta previsión resulta incompatible con las garantías que exige el debido proceso respecto de la notificación. El PL contempla ciertos derechos que le asisten al inmigrante durante la detención administrativa con fines de expulsión. Se trata de ciertas garantías, que se traducen en mayor resguardo de las garantías que exigen el debido proceso. El PL contempla la reconducción o devolución inmediata contra el extranjero que ingrese al país encontrándose vigente la resolución que ordenó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso al territorio nacional. En estos casos de devolución inmediata se contempla la posibilidad de ejercer recursos desde el exterior ante el Servicio, mediante presentación efectuada por el extranjero ante los consulados chilenos. Pero el PL contempla para estos casos el empleo de medios de notificación que no resultan factibles, entendiendo que se trata de una devolución en caliente, directamente en la frontera o en el puesto de control migratorio. Con todo, el PL indica que la interposición de los recursos administrativos correspondientes no suspenderá la aplicación de la resolución de reconducción, permitiendo otras acciones judiciales como el amparo. Se observan marcadas diferencias con la legislación migratoria vigente que nada contempla para estos casos de reembarque. Por último, respecto de la reclamación judicial, el PL no permite recurrir administrativamente de las resoluciones que acuerdan la expulsión y solo admiten la interposición de los demás recursos y acciones judiciales que procedan. Las Indicaciones de 2019 son variadas. Aunque algunas se han decantado por la posibilidad de incoar recursos administrativos contra estas resoluciones, otros se han pronunciado por la regulación de una acción judicial especial de reclamación. Respecto de esta última opción se ha indicado la incorporación de un artículo, nuevo: que contempla la reclamación judicial ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. Con estas indicaciones se observa una actitud reacia –por parte de los legisladores– respecto de la exclusión de una acción judicial especial para reclamar de las órdenes de expulsión. En todo caso solo queda esperar bajo que parámetros quedaran regulados estos y otros aspectos en la aprobación final de la cual aún se está en espera.

**F.** El epicentro de la mayoría de los criterios jurisprudenciales emitidos por los tribunales de máxima instancia en Chile se encuentra en la protección del derecho al debido proceso.

Así, las cortes chilenas se han pronunciado señalando que la detención administrativa solo puede ejecutarse bajo orden o decreto judicial, emitido por autoridad facultada para ello. Respecto de las facultades para extender la duración de la detención, los tribunales han precisado que El ejercicio de una facultad discrecional no exime a la autoridad o funcionario del respeto de derechos constitucionalmente garantizados, como son el debido proceso y la libertad personal, por lo cual la restricción a estos derechos en uso de tal potestad debe interpretarse restrictivamente, revocando la decisión en base a un estándar de proporcionalidad y razonabilidad, que pondera las circunstancias particulares que rodean el caso (arraigo) y el fin de la norma. Por otra parte, en cuanto al control judicial de la detención, las cortes chilenas han acotado que la detención administrativa debe entenderse en forma *restrictiva*, atendiendo que la libertad es un derecho fundamental garantizado en la Constitución Política cuya privación está sometida a *estándares rigurosos* y a un control judicial efectivo. Para que este control judicial sea efectivo, deben señalarse los antecedentes que le den plausibilidad a la necesidad de mantener la privación de libertad. Así mismo, Ante detención y expulsión, lo prudente era verificar que el procedimiento se haya ajustado a la ley a fin de asegurar el debido proceso, específicamente en lo relativo al respeto de la garantía a ser oída que le asiste al detenido. también ha señalado que los plazos de detención deben ser definidos. En este contexto, el actuar de la Policía de Investigaciones es ilegal cuando se procede a la privación de libertad por tiempo indefinido, obviando los plazos legales y la proporcionalidad en la privación de derechos fundamentales. Además, los tribunales han señalado que son arbitrarias las resoluciones que afectan la libertad personal cuando estas adolecen de una manifiesta falta de fundamentación. En cuanto a la celeridad procesal, se ha señalado que la demora en la actuación de la Policía de Investigaciones es ilegal y arbitraria en cuanto a la demora injustificada en la tramitación del recurso de apelación. En lo tocante al cálculo de plazos para la expulsión, las cortes chilenas han acotado que la autoridad policial respectiva debe ejecutar la medida de expulsión que haya dispuesto la autoridad administrativa correspondiente, dentro del plazo de 24 horas, lapso que debe ser contado desde la notificación respectiva, si no se interponen recursos o cuando ellos no resultan procedentes, o desde que se haya denegado el recurso interpuesto. Por otra parte, también se han pronunciado a favor del procedimiento racional y justo, indicando que el debido proceso es un mecanismo necesario para proteger el individuo frente al poder estatal. Así, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento. Estos constituyen un mandato –y por tanto, un deber– constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales. Por último, respecto de los principios del debido proceso administrativo, los tribunales chilenos han acotado que Estos principios administrativos son esenciales para asegurar que el procedimiento administrativo de expulsión sea un procedimiento apegado a la ley.

#### **4. Hacia otro modelo migratorio en Chile para la protección de los derechos de los inmigrantes frente a la detención administrativa y la expulsión. Propuestas.**

Las presentes líneas no aspiran a otro propósito más que el de delinear ciertas propuestas que permitan la disposición de un modelo migratorio cónsono con el estándar internacional de protección de los derechos humanos. Sin embargo, antes de iniciar la sección propositiva, hemos de efectuar algunos comentarios finales relevantes.

**A.** Una revisión de los instrumentos internacionales que conforman cada uno de sistemas de derechos humanos, nos permite advertir la persistente lucha por reconocer y asegurar la protección de los derechos humanos del hombre, entendiendo a este último como el sujeto de la protección del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos tiene distintos niveles que incluyen el sistema universal y los sistemas regionales. Con diferentes posiciones proteccionistas –unas más amplias que otras– estos sistemas de derechos humanos han consagrado una serie preceptos tendientes a asegurar tal resguardo. Respecto del sistema europeo de derechos y del sistema interamericano, debe acotarse que, si bien ambos representan una forma de protección de derechos en el plano internacional, estos sistemas surgieron en escenarios políticos distintos. No obstante, se observan puntos de conexión y divergencias entre estos escenarios de protección de derechos humanos. Por lo pronto, advirtiendo más similitudes que diferencias, todos estos puntos de conexión apuntan a una concusión similar: en el contexto de la detención con fines de expulsión, toda persona debe ser tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad –inherente a sus derechos y garantías fundamentales– y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

**B.** Se puede advertir la influencia del sistema europeo en el interamericano -y viceversa- de diferentes maneras, reflejada particularmente en las convenciones y especialmente, a través de su jurisprudencia. Así, ambos tribunales han seguido una interpretación dinámica o evolutiva de sus respectivas convenciones de derechos humanos con diversas similitudes. Estas se observan en:

**B.1.** Lo relativo a la protección del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y su protección durante la detención administrativa de inmigrantes. En este orden de ideas, hemos advertido que, para ambos sistemas, la prohibición de este tipo de conductas es absoluta. Si bien es cierto que en el SIDH –específicamente la CIPTS– se define la tortura, pero no se distingue de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a través de sus criterios interpretativos emitidos en ambos sistemas, se apunta a una distinción entre tortura y malos tratos por una parte y tratos inhumanos y degradantes por la otra, refiriéndose a una especie de gradación respecto del tipo de conducta. En lo relativo a la detención, para ambos sistemas este derecho es entendido como un parámetro de control de las condiciones de detención, especialmente precarias cuando nos referimos a los extranjeros que están pendientes de una expulsión. Asimismo, ambos sistemas aportan criterios similares en lo relativo a la aplicación del principio de no devolución. Por último, en ambos sistemas se hace patente una mayor precisión y abundamiento respecto de los parámetros para la protección de la salud del inmigrante detenido. Sin embargo, por ser más prolífica la jurisprudencia emitida por el TEDH respecto de este derecho, nos parece que los elementos aportados por el SEDH permiten precisar con mayor detalle aquellos parámetros que aseguren la protección de este derecho en lo tocante a la detención y expulsión de inmigrantes.

**B.2.** Respecto de la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar, también se observan similitudes en ambos sistemas. Así, ambos preceptúan que no se trata de una protección absoluta, sino que admite sus excepciones bajo ciertas circunstancias particulares. También se observan otras similitudes en relación con la protección del interés superior del niño y de su núcleo familiar, así como la necesidad de adoptar medidas de expulsión proporcionadas. No obstante, lo preceptuado en el CEDH respecto del resguardo de este

derecho tiene un espectro más amplio, en comparación con lo contemplado por los instrumentos del SIDH, ya que en su redacción se incluye la protección del domicilio y de la correspondencia. Además, este sistema a través de su convención es más preciso respecto de las razones que autorizan la restricción de este derecho, a saber: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

**B.3.** Por último, respecto de la protección del derecho al debido proceso, también se observan algunas similitudes en ambos sistemas. No obstante, aunque ambos reconocen el respeto a la libertad personal y por ende la prohibición de detenciones arbitrarias, en el SEDH –nos referimos específicamente al CEDH– se contempla excepciones taxativas a la protección de este derecho, con especial mención de la detención de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. Sin embargo, otras similitudes se observan respecto de las garantías procesales del debido proceso. Una contribución interesante la encontramos en las previsiones del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños. Este instrumento reconoce ciertos derechos procesales a este grupo etario, en el contexto de los procesos de detención y expulsión, que no se observan –por lo menos desde una perspectiva tan específica– en otros instrumentos internacionales. Por su parte, otro aporte no menos importante se observa en lo acotado por la Corte IDH respecto de la aplicación de la CADH. Al señalar que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al 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. Estas similitudes solo nos permiten advertir que ambos sistemas no hacen más que sumar en la protección de este derecho humano.

**C.** La obligación de garantizar ciertos derechos humanos especialmente vulnerados en la detención y expulsión de inmigrantes, tal y como está contenido dentro de los instrumentos internacionales que conforman el sistema de la Unión Europea, es el resultado de una evolución histórica de sus instrumentos internacionales, la cual ha modelado lo que actualmente existe en este ámbito del derecho internacional. Así, tanto la CDFUE –como instrumento vinculante tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa– como las directivas de la UE y su interpretación jurisprudencial por parte del TJUE también ha jugado un rol preponderante. En análisis de estos instrumentos refleja una serie de aspectos que en su conjunto brindan –en mayor o menor medida– un marco jurídico de protección a los derechos humanos de los inmigrantes durante la detención. Sin embargo, el derecho de la UE no se configura como un bloque aislado del resto de los sistemas regionales de derechos humanos. Por el contrario, aunque el CEDH no sea formalmente derecho comunitario, lo cierto es que se viene utilizando como fuente inspiradora por el Tribunal de Justicia al ir configurando jurisprudencialmente los específicos derechos fundamentales comunitarios. Este instrumento recoge una visión común de los derechos fundamentales también reconocidos en la CDFUE. La remisión a esta fuente inspiradora también se observa específicamente en lo que atañe a los derechos aquí analizados, cuya redacción en el texto de la CDFUE –en la mayoría de los casos– es del mismo tenor que lo preceptuado por el CEDH respecto de este derecho, lo que nos remite en su interpretación a la jurisprudencia interpretativa del TEDH sobre dichos derechos y su aplicación. De esta forma se genera una

relación que permite un mayor abundamiento en la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en materia de detención y expulsión.

#### **4.1. Del derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.**

Un modelo migratorio que apunte a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes durante la detención debería tomar en cuenta los siguientes criterios:

**A.** En base a la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos contenida de modo inequívoco en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, resulta necesario la adopción de una fórmula que permita no solo definir el tipo de conductas sino también sus graduaciones en lo que atañe a la detención administrativa de inmigrantes con fines de expulsión.

**B.** Respecto de las condiciones de internamiento, un aporte positivo se extrae de lo contemplado en la directiva retorno. Siguiendo estas ideas, el modelo de gestión migratoria aquí propuesto debería adoptar previsiones que aseguren que el internamiento se realice por regla general en lugares especializados de detención. Si bien, se puede contemplar una excepción a esta regla, esta debe interpretarse de manera restrictiva cuando se producen aumentos imprevistos en el número de detenidos causados por flujos cuantitativos imprevistos inherentes al fenómeno de la migración irregular. Así, se deben asegurar previsiones relativas a la obligación de mantener a las personas retornadas separadas de los presos de tipo absolutas. Ni siquiera el comportamiento agresivo o inapropiado de las personas retornadas justifica su internamiento junto con presos comunes. Dado que la directiva retorno no regula determinadas condiciones materiales del internamiento –como el tamaño de las habitaciones, el acceso a las instalaciones sanitarias, el acceso al aire libre, la alimentación, entre otras– un aporte en este sentido lo podemos extraer de los criterios jurisprudenciales emitidos al respecto por el TEDH. En este sentido, deben adoptarse medidas que aseguren el resguardo de la dignidad humana, lo que comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas. también se debe asegurar que durante la privación de libertad de una persona en una zona de tránsito se le satisfaga sus necesidades básicas más esenciales. Se deben adoptar medidas para evitar la superpoblación de los centros y asegurar las condiciones de habitabilidad de las celdas –como luz o ventilación adecuadas– así como suficientes condiciones higiénicas de las instalaciones, permitiendo el acceso a mantas o sábanas limpias o suficientes productos de higiene. En este mismo sentido se deben condiciones de vida dignas en el centro de detención.

**C.** Por otra parte, la directiva retorno contempla la garantía de un conjunto de condiciones básicas relativas a la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades y la consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables. Estas previsiones se pueden complementar con la interpretación de las previsiones del CEDH. Siguiendo estos criterios, se deben adoptar previsiones que aseguren, como mínimo, la presencia en los centros de inmigrantes irregulares detenidos de una persona con una cualificación de enfermería reconocida. Este personal debe realizar la detección médica inicial de recién llegados, recibir solicitudes para ver a un médico, garantizar la provisión y distribución de medicamentos, supervisar las condiciones generales de higiene y observar la confidencialidad médica según la cual, los archivos médicos de los migrantes irregulares no deben ser accesibles al público, sino que deben mantenerlos bajo llave.

Además, los inmigrantes irregulares detenidos deben ser plenamente informados sobre el tratamiento médico que se les ofrece.

**D.** Además, otro aporte, deducido de las previsiones contenidas en la directiva retorno, adquiere relevancia. Así, se deben adoptar medidas para asegurar que las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes puedan visitar los centros de internamiento. Esto resulta de importancia como un indicio de transparencia. Empero, deben adoptarse medidas para asegurar que tales visitas no se encuentren sujetas a previa autorización. Además, deben señalarse cuáles son las competencias de estos organismos. En este contexto, la implementación de los Mecanismos de Prevención Nacional contra la tortura junto a la implementación de visitas a los centros de detención, podrían brindar soluciones plausibles en este asunto.

#### **4.2. Del derecho a la vida privada y familiar.**

En la configuración de un modelo migratorio que asegure la salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar, deben adoptarse previsiones relativas a los siguientes aspectos:

**A.** Es necesario considerar lo señalado por el TEDH respecto de la protección de la vida familiar sin limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que ese extienda al reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, o por adopción, incluso la relación entre una familia de acogida y un niño acogido.

**B.** Otros aportes se pueden extraer de la jurisprudencia emitida por el TEDH. De vital importancia resulta adoptar medidas para garantizar que los niños reciban el asesoramiento adecuado y asistencia educativa de una persona calificada, que le deben asignar especialmente. también resulta oportuno hacer mención de la necesidad de que la medida de detención sea adoptada bajo criterios de proporcionalidad. Así, la detención debe ser una medida necesaria en relación con el objetivo perseguido. también conviene tomar en cuenta lo señalado por la CorteIDH sobre este aspecto. Así, en los establecimientos de detención de inmigrantes se debe garantizar las condiciones materiales y un régimen adecuado para la situación legal de la familia, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares. En este contexto el Estado estaría obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, lo que se traduce en el deber del Estado de velar por el interés superior del niño, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar. Si no puedan optar por otra decisión menos lesiva que el internamiento en un centro donde se permita su convivencia con su grupo familiar, es posible que los Estados recurran a medidas tales como su alojamiento o albergue durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. Además, si se trata de un niño o niña no acompañado, la privación de libertad resulta improcedente.

**C.** Aquí también constituyen un aporte de interés las regulaciones contempladas en la directiva retorno. Según estas, se deben adoptar previsiones que aseguren la evaluación individual que tenga en cuenta el interés superior del niño y sus necesidades particulares antes del retorno de un menor no acompañado. También se debe evaluar la situación actual en su familia y la situación y las condiciones de acogida en el país de retorno. Esto debiera ser realizado por un equipo multidisciplinar, en presencia del tutor designado para el menor y bajo el resguardo del respeto del derecho del niño a ser oído y a expresar libremente su opinión junto con la consideración de dicha opinión en todos los asuntos que le afecten.



### **4.3. Del derecho al debido proceso.**

En la disposición de un modelo migratorio que garantice el resguardo del derecho al debido proceso, deben incorporarse previsiones sobre:

**A.** Las previsiones de la directiva retorno pueden brindar un marco orientativo respecto de este modelo. Siguiendo estos lineamientos, la detención sólo se deberá mantener mientras el dispositivo de expulsión esté en curso ejecutándose con la diligencia debida. Así mismo, el internamiento debe ser ordenado por las autoridades administrativas o judiciales por escrito, indicando los fundamentos de hecho y de derecho. En caso de que el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros deben establecer un control judicial rápido de la legalidad del internamiento.

**B.** En materia de detención, tanto la directiva retorno como la directiva recepción contienen aportes interesantes. Según sus parámetros, se debe exigir un control judicial rápido cuando la detención es ordenada por autoridades administrativas, debiendo ser revisada la detención a intervalos razonables cuando lo solicite el afectado con la medida, o de oficio por una autoridad judicial. Y si la detención es prolongada –en el caso de los sujetos a procedimientos de retorno–, esto debe ser revisado una autoridad judicial.

**C.** Dado que la directiva retorno no precisa si debe asegurarse el respeto del derecho a ser oído, pueden extraerse los aportes brindados por la jurisprudencia del TEDH. Para este tribunal es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia. Este requisito es especialmente necesario cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido. Estas son previsiones que deben ser tomadas en cuenta.

**D.** De igual modo, la directiva retorno señala que se debe conceder al individuo el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión. Siguiendo estos criterios, se debe asegurar tanto la asistencia jurídica como al derecho a intérprete –concretamente el derecho a obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística– al referirse a las garantías procedimentales respecto de la decisión de retorno, de prohibición de entrada y de expulsión. También reconoce el derecho a la asistencia lingüística, como condición indispensable para que el inmigrante pueda ejercer sus derechos procesales. Igualmente, se regula el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión y/o a solicitar que esta se revise ante una autoridad judicial o administrativa u otro órgano independiente competente para suspender temporalmente la expulsión mientras la revisión está pendiente. Los inmigrantes en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro de internamiento y sobre sus derechos y obligaciones -incluida información sobre su derecho- con arreglo a la legislación nacional. Esta información resulta relevante a los fines de asegurar el ejercicio de las garantías procesales que les asisten durante el internamiento.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA.

### LIBROS Y ARTÍCULOS

- AAS, Katja Franko (2007): “Analysing a world in motion: Global flows meet 'criminology of the Other””, *Theoretical Criminology* (vol. 11 N° 2): pp. 283-303.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (2ª edición, Madrid, Editorial Trotta) 256 pp.
- ACOSTA, Diego (2009): “The good, the bad and the ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament becoming bad and ugly? The adoption of Directive 2008/15: The Return Directive”, *European Journal of Migration and Law* (vol. 11 N° 1): pp. 19-39.
- ACOSTA, Paola (2012): “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿Ausencia justificada?”, ACOSTA, Paola y NÚÑEZ POBLETE, Manuel (coordinadores), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales* (México, Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 183-238.
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014): *Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea) 289 pp.
- AGUIAR, Asdrúbal (1993): “La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos (apreciaciones sobre el acto de San José)”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (vol. 17): pp. 9-46.
- AGUILAR CUEVAS, Magdalena (2002): “La revisión del régimen interno de la tortura”, MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coordinador), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 3-36.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (2012): “Políticas del multiculturalismo, inmigración y derechos diferenciales en el nuevo contexto global”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* (N° 11): pp. 919-950.
- AGUDELO RAMÍREZ, Martín (2005): “El debido proceso”, *Opinión Jurídica* (vol. 4 N° 7): pp. 89-105.
- AGUELO NAVARRO, Pascual y GRANERO, Hipólito-Vicente (2017): “Los muros fronterizos desde la perspectiva jurídica del *ius migrandi*”, *Modulema: Revista Científica sobre Diversidad Cultural* (N° 1): pp. 61-94.
- AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François (2006): “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, *Revista de Derecho Político* (N° 67): pp. 387-407.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 607 pp.
- ALEXY, Robert (2002): “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (N° 66): pp. 13-64.
- ALEXY, Robert (2010): *A theory of constitutional rights* (Oxford, Oxford University Press) 462 pp.
- ALFREDSON, Guðmundur y EIDE Asbjørn (1999): *The universal declaration of Humans Rights: A common standard of achievement* (The Hague, KLI/Martinus Nijhoff Publishers) 782 pp.

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2003): “La titularidad de los derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales* (vol. 1 N° 1): pp. 187-201.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis* (vol. 16 N° 2): pp. 185 – 210.
- ÁLVAREZ, Sergio (1990): “Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un Estado de Derecho”, *Revista de Derecho Público* (vol. 1 n° 47/48): pp. 219-229.
- AMÉDRO, Jean-Francois (2010): “La Cour de Justice de L’Union Européenne et la rétention des étrangers en situation irrégulière dans le cadre de la Directive de ‘retour’”, *Révue Trimestrelle de Droits de L’Homme* (vol. 21 N° 84): pp. 893-915.
- ARAI TAKAHASHI, Yutaka (2006): “Prohibition of Misuse of Power in Restricting the Rights and Freedoms (Article 18)”, AA. VV. (editores), *Theory and Practice of the European Convention on Humans Rights* (Londres, Hart Publications) pp. 1077-1100.
- ARAGON REYES, Manuel (1999): *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría de constitucional del control* (Bogotá, Universidad externado de Colombia) 148 pp.
- ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo (2014): “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, *Ius et Praxis* (vol. 20 N° 1): pp. 279 – 318.
- ARANGÜEÑA FANEGO, Coral (1994): “Proceso penal y doble instancia”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* (N° 1): pp. 25-66.
- ARANGÜENA, Coral (2010): *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia* (España, Lex Nova) 298 pp.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano (2003): “Dualism revisited. International Law and Individual Law”, *Rivista di Diritto Internazionale* (vol. LXXXVI N° 4): pp. 909 – 999.
- ARAVENA AGUILERA, Mauricio (2013): “Reflexiones de un deber ser, hacia la primera ley migratoria en la sociedad chilena”, CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD (editores), *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 17-37.
- ARCARAZO, Diego (2009): “Latin American reactions to the adoption of the Returns Directive”, *Centre for European Policy Studies Liberty and Security in Europe publication series*, pp. 1-7.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos (2002): *Primer curso de Derecho Internacional Público* (México, Porrúa) 839 pp.
- ARENA, Amedeo (2010): “The doctrine of union preemption in the EU single market: Between sein and sollen”, *Jean Monnet Working Paper 03/10* (vol. 17 N° 3): pp. 1-94.
- ARENAS, Nuria (2003): “El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población”, *Revista Española de Derecho Internacional* (vol. 55 N° 2): pp. 745-778.
- ARLETAZZ, Fernando (2014): “La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* (N° 12): pp. 7-26.
- ARLETTAZ, Fernando (2016): “La UE y la crisis humanitaria en el Mediterráneo: ¿quién tiene la obligación de dar protección?”, *Cuadernos de Cultura de Paz* (N° 13): 48 pp.

- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales* (vol. 10 n° 1): pp. 65-116.
- ARRESE IRIONDO, María Nieves (2014): “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”, *Revista de Administración Pública* (N° 194): pp. 179-208.
- ASENSI SABATER, José (2003): “Migración y derecho: los dilemas del discurso cosmopolita (a propósito de la LO 8/2000)”, *Revista Pensamiento Constitucional* (vol. IX N° 9): pp. 99-129.
- AXTMANN, Roland (1996): *Liberal democracy into the twenty - first century. Globalization, integration and the nation- state* (Manchester, Manchester University Press) 220 pp.
- AYSA-LASTRA, María y CACHÓN, Lorenzo (2015) *Immigrant Vulnerability and Resilience. Comparative perspectives on Latin American Immigrants during the Great Recession* (Londres, Springer) 272 pp.
- BALDACCINI, Anneliese (2009): “The EU directive on return: principles and protest”, *Refugee Survey Quarterly* (vol. 28 N° 4): pp. 114-138.
- BARBOSA, Francisco (2011): “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado* (N° 26): pp. 107-135.
- BARBOSA, Francisco (2013): “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coordinadores), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, (Madrid, Tirant Lo Blanch) pp. 1089-1118.
- BARNÉS VÁSQUEZ, Javier (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública* (N° 135): pp. 495-522.
- BARREIROS, Lucas (2009): “El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación”, PINTO, Mónica (compiladora), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización* (Buenos Aires, Eudeba), pp. 31-89.
- BASSA MERCADO, Jaime (2007): “Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho* (N° 1): pp. 17-41.
- BASSA, Jaime y TORRES, Fernanda (2015): “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, *Estudios constitucionales* (vol. 13 N° 2): pp. 103-124.
- BATES, Ed (2010): *The evolution of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press) 608 pp.
- BECA, Juan Pablo (2014): “De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (vol. 5 N° 3): pp. 23-38.
- BECA, Juan Pablo (2014b): “El uso de tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional al resolver recursos de inaplicabilidad en el período 2011-2012”, *Revista de Derecho* (vol. XLIII N° 2): pp. 467-493.

- BELLOLIO, Álvaro y ERRÁZURIZ, Hernán (2014): *Migraciones en Chile. Oportunidad ignorada* (Santiago, ediciones LYD) 124 pp.
- BENADABA, Santiago y LÉON STEFFENS, Avelino (1992): *Nuevos enfoques del derecho internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 127 pp.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1996): “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2/3): pp. 211-222.
- BIDART, German (1994): *La interpretación del sistema de derechos humanos* (Buenos Aires, Editorial Ediar) 280 pp.
- BINDER, Cristina (2010): “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, AA. VV. (Coordinadores), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* (México, UNAM) Tomo II.
- BINGHAM, Tom (2003): “Personal freedom and the dilemma of democracies”, *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 52 N° 4): pp. 841-858.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene (1999): “La libre circulación de personas y el Tratado de Ámsterdam”, *Noticias de la Unión Europea* (N° 177): pp. 53 - 68.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene (2010): “Expulsión versus multa: ¿el derecho de la Unión faculta a los Estados miembros su libre elección en relación a los nacionales de un tercer país en situación irregular?: a propósito de la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08 María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera”, *Revista General de Derecho Europeo* (N° 21): pp. 19-26.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2011): “La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad”, DELAVEAU SWETT, Rodrigo y BAEZA VALLEJO, Silvia (eds.), *Sentencias destacadas 2010* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp. 225-252.
- BOIXAREU, Ángel (1994): “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas* (vol. 21 N° 3): pp. 771-808.
- BOLLO, María Dolores (2016): *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo* (Madrid, Aranzadi) 242 pp.
- BONET MARCO, Emilio (1988): *Introducción al Acta Única Europea. Europa un espacio sin fronteras* (Madrid, ESIC) 163 pp.
- BONET PÉREZ, Jordi y BONDIA GARCÍA, David (2004): “La Carta Social Europea”, GÓMEZ ISA, Felipe (director), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Bilbao, Universidad de Deusto) pp. 441-480.
- BOZA, Diego (2015): “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante el año 2014 en materia de inmigración y extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (N° 57): pp.1695-3509.
- BREWER-CARIAS, Allan (1994): *Principios del régimen jurídico de la Organización Administrativa Venezolana* (2ª edición, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana) 140 pp.
- BRIESKORN, Norbert (1993): *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Editorial Herder) 235 pp.
- BRILLAT, Régis (2005): “Part II – The European Social Charter: The supervisory machinery of the European Social Charter: Recent developments and their impact”, DE BÚRCA, Gráinne, DE WITTE, Bruno y OGERTSCHNIG, Larissa (editores), *Social rights in Europe* (Oxford, Oxford University Press) pp. 31-44.

- BUERGENTHAL, Thomas (1989): “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Instituto Interamericano de DD.HH.* (Nº especial en conmemoración del 40º aniversario de la DADDH): pp. 111-119.
- BULNES, Luz (2001): "El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980", *Actualidad Jurídica* (Nº 4): pp. 131-148.
- BULTRINI, Antonio (2002): “La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l’homme imputables au système communautaire”, *Revue Trimestrelle des Droits de l’homme* (vol. 13 Nº 49): pp. 5-43.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y UBEDA, Amaya (2008): *Les grandes décisions de la cour Interaméricaine des droits de l’homme* (Bruselas, Bruylant) 1092 pp.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2009): “El sistema interamericano protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad”, AA.VV. (editores), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 287-313.
- BOURGOGUE-LARSEN, Laurence (2012): *La Convention Européenne des droits de l’homme* (Paris, L.G.D.J.) 330 pp.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *Derechos fundamentales y proceso justo* (Lima, Ara Editores) 370 pp.
- BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo (1984): “La recepción del derecho internacional en el derecho constitucional chileno”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 11 Nº 2/3): pp. 523-532.
- CALLEWAERT, Johan (2000): “La subsidiarité dans l’Europe des droits de l’homme: La dimension substantielle”, VERDUSSEN, Marc (editor), *L’Europe de la subsidiarité* (Bruxelles, Bruylant) pp. 13-61.
- CANÇADO, Antonio (2001): *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 455 pp.
- CANDAS, Ulas (2012): *Relations extérieures et influence normative de l’Union Européenne*, (Paris, EUE) 632 pp.
- CAPUTO, Angelo (2007): “Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti”, *Studi sulla Questione Criminale* (vol. 2 Nº 1): pp. 45-64.
- CARRASCO FUENTES, Pablo (2012): “Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho Público* (vol. 77 Nº 2): pp. 67-78.
- CARRERA, Sergio y GEYER, Florian (2008): “El tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (Nº 29): pp. 133-162.
- CARRILLO SALCEDO, Juan (1994): *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones* (Madrid, Tecnos) 340 pp.
- CARRILLO SALCEDO, Juan (1995): *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo* (2ª edición, Madrid, Tecnos) 184 pp.
- CARRILLO SALCEDO, Juan (2004): “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, GÓMEZ ISA, Felipe (director), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Bilbao, Universidad de Deusto) pp. 395-440.

- CARRILLO SALCEDO, Juan (2013): “Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012”, *Teoría y Realidad Constitucional* (N° 32): pp. 285-291.
- CASADEVALL, Josep (2011): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia* (Valencia, Tirant lo Blanch) 558 pp.
- CASSESE, Antonio (2001): *International Law* (New York, Oxford University Press) 488 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo II.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2016): *Acto y procedimiento administrativo* (Santiago, Editorial El Jurista) 298 pp.
- CERIANI, Pedro (2009): “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* (N° 5): pp. 85–94.
- CERIANI, Pedro (2011): “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”, *Nueva Sociedad* (N° 233): pp. 68-86.
- CHAMIE, Joseph y POWERS, Mary (2012): “International migration and the global community: a forum on the Report of the Global Commission on the international migration”, *Center for Migration Studies* (número especial): pp. 1–11.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo Luis (2013): “El derecho a la integridad moral y figuras afines en ordenamientos constitucionales de Europa y Latinoamérica”, *Percurso Belo Horizonte* (vol. 3 N° 5): pp. 163-184.
- CHUECA SANCHO, Ángel (2002): *Los derechos fundamentales en la Unión Europea* (España, Bosch) 314 pp.
- CHUECA SANCHO, Ángel (2013): “Contenido y límites del *ius migrandi*”, *Revista Electrónica Iberoamericana* (vol. 7 N° 2): pp. 6-15.
- CIRIANO VELA, Cesar David (2000): *Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial* (Valladolid, Lex Nova) 633 pp.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (2003): “El debido proceso constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (vol. I): pp. 157-250.
- CORDERO VEGA, Luis (2011): “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la corte suprema del año 2010”, COUSO, Javier (editor), *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 243-255.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “Vida familiar y derecho a la privacidad”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 26 N° 1): pp. 63-86.
- CORTES, Martin (2015): “Autonomía vs. sumisión a un control externo en materia de derechos fundamentales. Consideraciones sobre el Dictamen TJUE n. 2/13 relativo a la Adhesión al CEDH”, *Revista General de Derecho Europeo* (N° 37): pp. 1-45.
- COSCULLUELA, Luis (2014): *Manual de derecho administrativo* (25ª edición, Pamplona, Arazandi) 688 pp.
- COUTURE, Eduardo (1993): *Fundamento del derecho procesal civil* (3ª edición, Buenos Aires, Editorial de palma) 424 pp.
- CRAWFORD, James (2012): *Brownlie's Principles of Public International Law* (8ª edición, Oxford, Oxford University Press) 888 pp.
- CUADRA, Héctor (1970): *La proyección internacional de los derechos humanos* (México, III-UNAM) 308 pp.

- CUMPLIDO, Francisco (1996): “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2): pp. 255-258.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (2003): “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1): pp. 365-374.
- CHAIGNEAU DEL CAMPO, Alberto (2002): *Tramitaciones en las cortes de apelaciones* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 310 pp.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1997): “El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia”, *Tribunales de justicia: Revista Española de Derecho Procesal* (N° 10): pp. 973-982.
- DE LUCAS, Francisco Javier (2006): “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (N° 13): 51 pp.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2001): “Evolución y actualidad de la concepción de familia: Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del Derecho Matrimonial Chileno”, *Ius et Praxis* (vol. 17 N° 1): pp. 31 – 56.
- DELLACASA ALDUNATE, Francisco José y HURTADO FERNÁNDEZ, José María (2015): *Derecho migratorio chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 261 pp.
- DELGADO, Álvaro (2018): “El sentido de la expresión revocación de visados, contenida en el Decreto Ley de Extranjería”, *Derecho y Crítica Social* (vol. 4 N° 1): pp. 1-31.
- DE VISSCHER, Paul (1952): "Les tendances internationales des constitutions modernes", THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (editores), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Boston, Brill/ Nijhoff) pp. 511-578.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2011): “Algunas consideraciones en materia de incorporación e interpretación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (coordinadora), *Perspectiva del derecho constitucional desde el mirador bicentenario* (Santiago, Librotecnia) pp. 75-101.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2012): “El derecho a la protección de la familia y los derechos derivados de la protección familiar”, AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (coordinador académico), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (Santiago, Librotecnia) pp. 271-294.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2015): “La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las naciones unidas”, *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos* (vol. 3 N° 1): pp. 42–62.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2016a): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, *Estudios Constitucionales* (vol. 14 N° 1): pp. 179-220.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2016b): “Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: examen de compatibilidad con los estándares internacionales”, *Revista Tribuna Internacional* (vol. 5 N° 9): pp. 139-154.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel (2007): *Instituciones de Derecho Internacional Público* (16ª edición, Madrid, Tecnos) 1161 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María y FRAILE ORTIZ, María (2011): “Derecho a la tutela judicial efectiva”, ARAGÓN REYES, Manuel (director), *Derechos Fundamentales y su Protección* (2ª edición, Pamplona, Thomson Reuters) Tomo III.



- DOMÍNGUEZ, Cecilia Andrea (2016): “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 43 N° 1): pp. 189 – 217.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “Los Principios que Informan el Derecho de Familia Chileno: Su Formulación Clásica y su Revisión Moderna”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32 N° 2): 205-218.
- DRAGO, Marcelo (2006): “La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos”, *CEPAL SERIE Políticas Sociales* (N° 121): 94 pp.
- ECHANDIA, Hernando (1985): *Compendio de derecho procesal* (Bogotá, ABC) Tomo I.
- EYFFINGER, Artur (1998): “Europe in the Balance: An Appraisal of the Wesphalian System”, *Netherlands Law Review International Law Conflicts of Law Comparative Law* (N° 2): pp. 161-187.
- ESCOBAR, Concepción (2005): “Jurisprudencia en materia de derecho internacional público - derechos humanos - Artículo 10.2 CE: Valor interpretativo de los tratados internacionales y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional* (vol. 57 N° 1): pp. 297-298.
- ESPADA, María (1994): “Asilo e inmigración en la unión europea”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (N° 86): pp. 71-98.
- ETCHEBERRY COURT, Leonor (2009): “Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales: Demanda de cuidado personal. Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de abril 2008, Corte Suprema 29 de julio de 2008”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 12): pp. 257-262.
- ETO CRUZ, Gerardo (2011): *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del tribunal Constitucional peruano* (4ª edición, Lima, Editorial Andrus) 648 pp.
- EZQUERRA, José Javier (1997): “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Revista del Instituto de Estudios sobre Migraciones* (N° 1): pp. 177-215.
- FAJARDO, Teresa (2009): “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (N° 33): pp. 453–499.
- FARGUES, Philippe (2016): “Un million de migrants arrivés sans visa en Europe en 2015 : qui sont – ils ?”, *Population & Sociétés* (vol. 532 N° 4): pp. 1-4.
- FENNELLY, Nial (1999): “The European Union and protection of aliens from expulsion”, *European Journal of Migration and Law* (N° 1): pp- 313-328.
- FERRADA, Juan, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel (2004): “El amparo Constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el Recurso de Protección chileno”, *Ius et Praxis* (vol. 10 N° 2): pp. 169-195.
- FERRER, Luis Gabriel (2012): “La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (FASCÍCULO 5)”, COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (editores), *Colección del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos* (México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos) 88 pp.
- FERRER MAC- GREGOR, Eduardo (2006): “Breves notas sobre el amparo iberoamericano: desde el derecho procesal constitucional comparado”, *Universidad de la Sabana* (vol. 20 N° 15): pp. 173-198.

- FERNÁNDEZ, Antonio (2002): “La carta de derechos fundamentales de la unión europea: estructura, ámbito de aplicación, invocabilidad y contenido”, *Anuario de Derecho Europeo* (N° 2): pp. 137–163.
- FERNÁNDEZ, Natividad (2000): “Reflexiones sobre derechos humanos en la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *Noticias de la Unión Europea* (N° 185): pp. 9 - 22.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José (1991): “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* (N° 11): pp. 39-51.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (2005): “La soberanía poliédrica”, GÓMEZ URRUTIA, Marina (coordinadora), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Sevilla, Universidad de Sevilla) pp. 587-618.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2016): “El concepto de dignidad humana ante la jurisprudencia de la Corte suprema”, FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo (editor), *Principios, valores e instituciones: El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional, reflexiones y propuestas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 25-38.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XXXVI, 1er Semestre): pp. 251-277.
- FERRAJOLI, Luigi (2002): *Derechos y garantías. La ley del más débil* (3ª edición, Madrid, Editorial Trotta) 180 pp.
- FLORABEL QUISPE, Remón (2012): “Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo”, *Anuario Español de Derecho Internacional* (vol. 8): pp. 143-183.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2016): “La caducidad de los actos administrativos”, *Revista de Derecho* (N° 28): pp. 225-249.
- FONDEVILA MARÓN, Manuel (2014): “Dos visiones del Derecho Europeo: Hans Kelsen y Herman Heller”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* (N° 166): pp. 187-214.
- FRIES, Lorena (2013): “Discriminaciones a los migrantes”, LE MONDE DIPLOMATIQUE (editor), *Migraciones. Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y prácticas* (Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños) pp. 49-54.
- FOUCAULT, Michel (1975): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (México, Siglo XXI Editores) 314 pp.
- FUENTEALBA, Carolina (2016): “Cuarteles acondicionados para extranjeros expulsados: resguardo a la integridad y seguridad de las personas”, *Detective* (N° 168): pp. 4-7.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto\_(1996): “Derecho internacional y derecho de los Estados. Incorporación de los derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 n°s 2/3): pp. 259-275.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana y LAGES DE OLIVEIRA, Rita (2016): *Informe Temático 2016: Migración y derechos humanos en Chile* (Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho) 105 pp.
- GALINDO, Javier (2009): “Contenido del derecho a la integridad personal”, *Revista Derecho del Estado* (N° 23): pp. 89-129.
- GARCÍA, Ana María (2006): “Tratados internacionales según la reforma del 2005”, *Revista de Derecho Público* (N° 68): pp. 72-84.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995): *La lucha contra las inmunidades del poder* (Madrid, Editorial Civitas) 99 pp.

- GARCÍA, Javier (2007): “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional* (N° 20): pp. 117-143.
- GARCÍA, Javier (2010): *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: entre soberanía e integración* (Navarra, Civitas-Thomsonreuters) 394 pp.
- GARCIA HERNÁNDEZ, Cesar (2014): “Immigration detention as punishment”, *UCLA Law Review* (N° 61): pp. 1348-1414.
- GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria (2014): “Diccionario constitucional chileno”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (N° 55): 948 pp.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El Derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, *Estudios Constitucionales* (vol. 11 N° 2): pp. 229-282.
- GATTAS ABUGATTAS, Giadalah (2006): “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”, *Agenda Internacional* (vol. 12 N° 23): pp. 439-461.
- GIOVANNETTI, Alberto (2010): “Inmigrantes en situación irregular y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)”, CHUECA, Ángel (director), *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y unión europea* (Valladolid, Lex Nova) pp. 97-112.
- GHOSH, Bimal (2008): *Derechos humanos y migración: el eslabón perdido* (Traducc. Luis Rodolfo Morán Quiroz, México, Red Internacional de Migración y Desarrollo Zacatecas) 63 pp.
- GOIG, Juan Manuel (2004): “El derecho a la reagrupación familiar de los migrantes”, *Teoría y Realidad Constitucional* (N° 14): pp. 239-272.
- GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo (1997): *La ley como límite de los derechos fundamentales* (México, Editorial Porrúa) 270 pp.
- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) 282 pp.
- GOODWIN-GILL, Guy (1995): “The right to leave, the right to return and the question of the right to remain”, GOWLLAND-DEBBAS, Vera (editora), *The problem of refugees in the light of contemporary International Law Issues: Papers presented at the colloquium organized by the Graduate Institute of International Studies in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 26 y 27 de mayo de 1994* (Ginebra, Martinus Nijhoff) pp. 93-106.
- GONZALES CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés (2002): *Curso de derecho internacional público* (Madrid, Civitas) 1097 pp.
- GONZÁLEZ, Nuria (2003): “Tratado de Niza”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (vol. 36 N° 107): pp.735-741.
- GORTÁZAR, Cristina (2002): "Building the CEAS: ad intra & ad extra: how to avoid non-refoulement and neo-non refoulement", XUEREB, Peter y GORTÁZAR, Cristina (editores), *Migration and Asylum in Malta and the European Union: Rights and Realities 2002 – 2011 (Sine loce, Malta University Press)* pp. 15-32.
- GORTAZAR, Cristina (2007): “Entre la utopía y el posibilismo. El Tratado de Lisboa y el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista de las Cortes Generales* (N° 70-72): pp. 155–173.

- GORTAZAR, Cristina (2009): “Las nuevas normativas europeas sobre inmigración. Perspectivas y riesgos. Especial mención a la llamada Directiva de Retorno”, *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad* (N° 131): pp. 29-41.
- GREENMAN, Kathryn (2015): “A castle built on sand? Article 3 ECHR and the source of risk in non-refoulement obligations in International Law”, *International Journal of Refugee Law* (N° 27): pp. 264-296.
- GRIGORY IVANOVITCH, Tunkin (1965): *Droit international public: problèmes théoriques* (Paris, Editions A. Pedone) 250 pp.
- GROENENDIJK, Kees (2006): “The legal integration of potential citizens: denizens in the EU in the final years before the implementation of the 2003 directive on long term resident third country nationals”, AA.VV. (editores), *Acquisition and Law of Nationality, volume. 1 Comparative Analyses: Policies and Trends in 15 European Countries* (Amsterdam, Amsterdam University Press) pp. 385-410.
- GROSS ESPIELL, Héctor (2003): “La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* (vol. 7 N° 1): pp. 193-224.
- GROSS ESPIELL, Héctor (2004a): “Responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los derechos humanos”, *Revista de Derecho* (vol. 3 N° 6): pp. 13-19.
- GROSS ESPIELL, Héctor (2004b): “La futura Constitución de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Universidad de Montevideo* (vol. 5 N° 5) pp. 45-59.
- GROSS, Leo (1984): “The peace of Westphalia, 1648-1948”, *American Journal of International Law* (vol. 42 N° 1): pp. 20-41.
- GUTIÉRREZ, Víctor (2010): “Espacio de seguridad, libertad y justicia”, SÁNCHEZ, Víctor (coordinador), *Derecho de la Unión Europea* (Barcelona, Huygens) pp. 257-264.
- HABERMAS, Jürgen (2010): “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia* (vol. LV): pp. 3-25.
- HABERMAS, Jürgen (2012): *The crisis of the European Union. A response* (Cambridge, Polity Press) 140 pp.
- HAURIU, Maurice (1893): *Précis de Droit Administratif* (2ª edición, Paris, Larose & Forcel) 759 pp.
- HELLER, Hermann (1995): *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del Derecho Internacional* (México, Fondo de Cultura Económica) 313 pp.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2013): “¿Hacia una ampliación del hábeas corpus por la Corte Suprema?”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 20 N° 2): pp. 421-437.
- HERDEGEN, Matthias (2005): *Derecho Internacional Público* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México) 433 pp.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando (1994): *Honor, intimidación y propia imagen* (2ª Edición, Madrid, Colex) 335 pp.
- HIPP, Roswitha (2006): “Orígenes del matrimonio y de la familia modernos”, *Revista Austral de Ciencias Sociales* (vol. 11): pp. 59-78.

- HOFMANN, Hasso (1999): “La promessa della dignità umana: La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (vol. 76 N° 4): pp. 620-650.
- HOFMANN, Herwig y PEERS, Steve (2014): “Article 47: Right to an effective remedy”, WARD, Angela (editora), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Oxford, Hart Bloomsberg) pp. 1197-1275.
- HOLSTI, Kalevi (1991): *Peace and war: Armed conflicts and international order (1648-1948)* (Cambridge, Cambridge University Press) 377 pp.
- HOYOS, Arturo (1996): *El debido proceso* (Bogotá, Temis) 106 pp.
- HENDRIKS, Aart y TOEBES, Brigit (1998): “Towards a universal definition of the right to health?”, *Medical Law Review* (N° 17): pp. 319-332.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2008): “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales* (vol. 6 N° 2): pp. 73-119.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2014): “Habeas corpus”, SILVA GALLINATO, María Pía (editora), *Acciones protectoras de derechos fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 5-28.
- HINAREJOS, Alicia (2011): “Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice”, *European Law Review* (N° 36): pp. 420-430.
- HOFFMEISTER, Frank (2010): “Litigating against the European Union and its member States – Who responds under the ILC’s Draft Articles on international responsibility of International Organizations?”, *European Journal of International Law* (vol. 21 N° 3): pp. 731-734.
- HOWARD, Yourow (1996): *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence* (La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International) 232 pp.
- HÜBNER, Jorge (1973): *Panorama de los derechos humanos* (Santiago, Editorial Andrés Bello) 271 pp.
- INFANTE CAFFI, María (1996): “Los tratados en el derecho interno chileno: efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 23 N° 2/3): pp. 277-297.
- JILL ALPES, Maybritt (2015): “Airport casualties: Non-admission and return risks at times of internalized/externalized border controls”, *Social Science* (N° 4): pp. 742-755.
- JIMENA QUESADA, Luis (2007): *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales: Sistema de reclamaciones colectivas Vol. I: 1998 – 2005* (Valencia, Tirant lo Blanch) 446 pp.
- KELSEN, Hans (1927): “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours 1926*, vol. 14 (Leiden, Brill) pp. 227-332.
- KELSEN, Hans (2001): *Introducción a la Teoría Pura del Derecho* (3ª edición, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional) 155 pp.
- KOSTA, Vasiliki; SKOUTARIS, Nikos y TZEVELEKOS, Vassilis (2014): *The EU Accession to the ECHR* (Oxford, Hart Publishing) 363 pp.
- LABAYLE, Henry (2006): “Droits de l’homme et sécurité intérieure de l’Union européenne, l’équation impossible”, *Revue des Affaires Européennes* (N° 1): pp. 93-109.

- LACOMBA, Josep (2008): *Historia de las migraciones internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación* (Madrid, Catarata) 253 pp.
- LAGES, Rita (2016): “La protección jurídica de las personas migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos”, GALDÁMEZ, Liliana y LAGES, Rita (editoras), *Migración y derechos humanos. Informe temático* (Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 81-100.
- LANCHA, Manuel (2013): “La Directiva de retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (N° 35): pp. 211-228.
- LARA, María (2014): “Evolución de la legislación migratoria en Chile. Claves para una lectura (1824-2013)”, *Revista de Historia del Derecho* (N° 47): pp. 59-104.
- LARA, Carlos, PINCHEIRA, Carlos y VERA, Francisco (2014): “La privacidad en el sistema legal chileno”, *Policy Papers* (N° 8): 94 p.
- LARENZ, Karl (1985): *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica* (Traducc. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas) 202 pp.
- LASTARRIA, José Victorino (1848): *Elementos de Derecho Público Constitucional* (Santiago, Imprenta chilena) 223 pp.
- LAUTERPACHT, Elihu y BETHLEHEM, Daniel (2003): “The scope and content of the principle of non-refoulement”, AA.VV. (editores), *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global consultations on International Protection* (Cambridge: Cambridge University Press) pp. 78-177.
- LAWSON, Delfina y RODRÍGUEZ, Macarena (2016): “El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas”, VIAL, Tomas (editor), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016* (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 217-238.
- LEDEZMA FAUNDEZ, Héctor (2004): *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales* (3ª edición, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) 1053 pp.
- LLESIC, Mike (2016): “Detención preventiva prevista en una normativa nacional que establece, en caso de entrada irregular, una pena de prisión”, *La Ley Unión Europea* (N° 39): pp. 1-3.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel (2008): “Artículo 33: vida familiar y vida profesional”, MANGAS MARTIN, Araceli (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* (Bilbao, fundación BBVA) pp. 561-576.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego (1991): *El derecho de asilo* (Madrid, Trotta) 334 pp.
- LÓPEZ, Juan (2013): “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (N° 46): pp. 1061-1090.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte (2015): *When humans become migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint* (Oxford, Oxford University Press) 576 pp.
- MADARIAGA, Mónica (1993): *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 242 pp.
- MANCINI, Federico (1989): “The making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review* (N° 26): pp. 595-614.

- MANGAS, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego (2002): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (3ª edición, Madrid, Tecnos) 731 pp.
- MANGAS, Araceli (2004): “Integración, soberanía y globalización: reflexiones”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (vol. XIII): pp. 141–154.
- MANGAS, Araceli (2008): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Bilbao, Fundación BBVA) 927 pp.
- MANGAS, Araceli (2008b): “Artículo 24: derechos del niño”, MANGAS MARTIN, Araceli (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* (Bilbao, Fundación BBVA) pp. 441–453.
- MANGAS, Araceli (2019): *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea* (23ª edición, Madrid, Editorial Tecnos) 704 pp.
- MARIÑO, Fernando y CEBADA, Alicia (2009): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura* (Madrid, Iustel) 352 pp.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (2006): “Derecho Internacional Público: El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, *Revista Española de Derecho Internacional* (vol. 58 N° 2): pp. 1090-1095.
- MARTÍNEZ, Martín (2014): “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (N° 49): pp. 767-804.
- MARTÍNEZ, José (2001): “El Tratado de Niza”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (vol. 21 N° 62): pp. 221-260.
- MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge, SOFFIA, Magdalena; CUBIDES FRANCO, Jose Delio y BORTOLOTTI, Idenilso (2013): “Migración internacional en Chile: tendencias, políticas, normas y participación de la sociedad civil”, CHIARELLO, Leonir Mario (coordinador y editor) *Las políticas públicas sobre migraciones y la sociedad civil en América Latina. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú* (Nueva York, Scalabrini International Migration Network Inc.) pp. 118-242.
- MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo y CALONGE, Antonio (2013): *Políticas comunitarias. Bases Jurídicas* (Valencia, Tirant lo Blanch) 214 pp.
- MARÍN, Mª Luisa (2007): “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho* (N° 9): pp.1-8.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (2005): “En torno a la prohibición internacional de la tortura”, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio (editor), *Pacis Artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos* (Madrid, Edifer) pp. 401-418.
- MATURANA, Cristian (2015): *Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Thomson Router) 1214 pp.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2017): *Manual de Derecho Penal Chileno: Parte especial* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 516 pp.
- MAU, Steffen *et. al.* (2015): “The Global Mobility Divide: How visa policies have evolved over time”, *Journal of Ethnic and Migration Studies* (vol. 41 N° 8): pp. 1192-1213.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio (2003): “Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, disponible en: [https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos\\_humanos/](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_humanos/)

- MEDINA\_C.\_y\_NASH\_C.\_2003.Manual\_de\_Derecho\_Internacional\_de\_los\_DDHH .pdf, fecha de consulta: 13 agosto 2018.
- MILLÁN, Lucia (1991): “La eficacia directa de las directivas: evolución reciente”, *Revista de Instituciones Europeas* (vol. 18 N° 3): pp. 845-879.
- MILLAR, Javier (2013): “El procedimiento administrativo de invalidación y los procesos de nulidad ante los tribunales de justicia”, AA.VV. (coordinadores), *La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Legal Publishing) pp. 379-374.
- MITSILEGAS, Valsamis (2012): “The changing landscape of the criminalization of migration in Europe: the protective function of European Union law”, JOAO GUIA, Maria; VAN DER WOUDE, Maartje y VAN DER LEUN, Joanne (editores), *Social Control and Justice. Crimmigration in the age of fear* (Países Bajos, Eleven International Publishing) pp. 87-113.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador y FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1994): “La jerarquía normativa de los tratados internacionales”, *Revista de Derecho Público* (N° 55/56): pp. 115-126.
- MOLINA, Virginia (2016): “Las injusticias de la justicia del retorno forzoso”, *Revista de estudios fronterizos del Estrecho de Gibraltar* (N° 3): pp. 1-18.
- MONDACA MIRANDA, Alexis (2017): “La relevancia que las cortes de apelaciones del denominado norte grande han atribuido a los vínculos de familia de inmigrantes, para efectos de acoger las acciones de amparo que buscan revocar las órdenes de expulsión”, *Estudios Constitucionales* (vol. 15 n° 2): pp. 569-600.
- MORLACHETTI, Alejandro (2013): *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe, fundamentos jurídicos y estado de aplicación* (Santiago de Chile, UNICEF/División de Desarrollo Social/CEPAL) 98 pp.
- MORENO, Violeta (2012): “Hirsi Jamaa and others v. Italy or the Strasbourg Court versus extraterritorial migration control?”, *Human Rights Law Review* (vol. 12 N° 12): pp. 574-598.
- MOTMURA, Hiroshi (1999): “Federalism, International Human Rights, and the immigration exceptionalism”, *University of Colorado Law Review* (vol. 70): pp. 1361–1394.
- MOYSE, François (2006): “Article 35. Protection de La Sante”, DE SCHUTTER, Oliver (coordinador), *Commentary of the charter of fundamentals rights of the European Union* (Bruselas, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights) pp. 304-311.
- MUÑOZ AUNIÓN, Antonio (2008): *Política migratoria de la Unión Europea* (Valencia, Tirant lo Blanch) 621 pp.
- NANCUANTE ALMONACID, Ulises, ROMERO CELEDON, Andrés y SOTOMAYOR KLAPP, Roberto (2012): *Régimen jurídico de la salud* (Santiago, LegalPublishing Chile) 707 pp.
- NASH ROJAS, Claudio (2003): “La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena, ponencia presentada en el curso regional para jueces, fiscales y abogados de Argentina, Chile y Uruguay organizado por UNICEF, en Montevideo”, disponible en: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142607/LaIncorporaci% c3% b3n-de-los-Instrumentos-Internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142607/LaIncorporaci%c3%b3n-de-los-Instrumentos-Internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y), fecha de consulta: 19 diciembre 2017.



- NASH ROJAS, Claudio (2009): “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (vol. XV): pp. 585-601.
- NASH ROJAS, Claudio (2010): *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales* (México, Editorial Fontamara) 292 pp.
- NASH ROJAS, Claudio (2010b): “La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes”, NASH ROJAS, Claudio y MUJICA TORRES, Ignacio (editores), *Derechos Humanos y Juicio justo* (Lima, COLAM) pp. 58-98.
- NASH ROJAS, Claudio (2012): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 447 pp.
- NASH, Claudio (2013): *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chileno* (Santiago, Thomson Reuters y Legal Publishing) 468 pp.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013): “El debido proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (vol. XIX): pp. 121-145.
- NIBOYET, Jean Paulin (1930): *Principios de Derecho Internacional Privado* (Madrid, Reus) 802 pp.
- NIETO, Adan (2010): “Judicial cooperation in the EU as a means of combating the death penalty and expansion of human rights”, ARROYO, Luis (Editor) *Towards universal abolition of the death penalti* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 51-75.
- NIKKENS, Pedro (1985): “La declaración universal y la declaración americana: la formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos”, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (Nº especial): pp. 65-99.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999): “El recurso de protección en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Nº 3): pp. 157-179.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): “El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI”, FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MACGREGOR, Eduardo (coordinadores académicos), *El derecho de amparo en el mundo* (México, Porrúa) pp. 159-211.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): *El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano* (2ª edición, Santiago, Librotecnia) 866 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Ed. Librotecnia) Tomos I a IV.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, *Ius et Praxis* (vol. 16 Nº 1): pp. 219 – 286.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015): “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 Nº 2): pp. 301–350.
- NOVAK, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO, Luis (2003): *Derecho Internacional Público* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú) Tomo I: Introducción y Fuentes, 580 pp.
- NOWAK, Manfred (2003): *Introduction to the International Human Rights regime* (Oxford, Martinus Nijhoff) 368 pp.

- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2008): “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Ius et Praxis* (vol. 14 N° 2): pp. 331-372.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2009): “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXII): pp. 487-529.
- NUSSBERGER, Angelika (2012): “The concept of ‘jurisdiction’ in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Current Legal Problems* (vol. 65 N° 1): pp. 241-268.
- OCHOA, Natalia (2006): “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Un análisis preliminar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (N° 12): pp. 1-27.
- O’DONNELL, Daniel (2004): *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano* (2ª edición, Bogotá, Oficina de Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) 1093 pp.
- OLAVE ALARCÓN, Cristián (1998): *Recurso de protección* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur) 278 pp.
- OLEA, Helena (2013): “Ingreso y permanencia de extranjeros en Chile: elementos para la formulación de una política migratoria”, *LE MONDE DIPLOMATIQUE* (editor), *Migraciones: Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos, estándares y prácticas* (Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños) pp. 21-26.
- OPPENHEIM, Lassa (1967): *Tratado de Derecho Internacional Público* (7ª edición, Barcelona, Bosch) 2174 pp.
- ORTEGA, Elisa (2014): “La consolidación histórica de la migración irregular en Europa”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (vol. 14): pp. 637-686.
- OSIANDER, Andreas (1994): *The States System of Europe (1640-1990)* (Oxford, Clarendon Press) 344 pp.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge (2010): “Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias” OEA (editor) *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI* (Río de Janeiro, OEA) pp. 427-452.
- PALLAVICINI, Julio (2010): “Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho Público* (N° 72): pp. 108-132.
- PASCUAL VIVES, Francisco (2013): “Margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional* (vol. 29): pp. 217-262.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (2001): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (8ª edición, Madrid, Tecnos) 816 pp.
- PECES-BARBA, Gregorio (1989): “Sobre el fundamento de los derechos humanos”, MUGUERZA CARPINTIER, Javier y PECES-BARBA, Gregorio (coordinadores académicos), *El fundamento de los derechos humanos* (Madrid, Editorial Debate) pp. 265-277.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel (1997): *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, (Madrid, Editorial Trotta) 304 pp.
- PÉREZ, Carmela (2015): “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (vol. 19 N° 51): pp. 573-610.

- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (2012): *Migraciones irregulares y Derecho Internacional: Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Valencia, Tirant lo Blanch) 243 pp.
- PÉREZ SOLA, Nicolás (2008): “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los Derechos”, *Revista de Estudios Jurídicos* (N° 8): 241-256.
- PESCATORE, Pierre (1968): “Les droits de l'homme et l'integration européenne”, *Cahiers de Droit Européen* (N° 4): pp. 629-673.
- PEZZANO, Luciano (2013): “La Carta de las Naciones Unidas como fuente de obligaciones en materia de derechos humanos”, REY CARO, Ernesto (coordinador), *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados* (Córdoba, Gráfica Trejo) pp. 265-310.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2003): “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1): pp.467-484.
- PILLORENS, Monserrat (1999): *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, (Barcelona, Ariel) 189 pp.
- PIERRY ADRAU, Pedro (1984): “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (n° 8): pp.161-183.
- PLAZA ARMIJO, Camilo; MUÑOZ CORTÉS, Víctor (2013): “La ley de residencia de 1918 y la persecución a los extranjeros subversivos”, *Revista de Derechos Fundamentales* (N° 10): pp. 107-136.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2017): “¿Existe clara distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa?”, SOTO KLOSS, Eduardo (editor), *El derecho administrativo y la protección de las personas, libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 61-77.
- PONCE SOLÉ, Juli (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad* (Madrid, Lex Nova) 862 pp.
- PRIETO, Ramón (2008): “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (El Sistema De Informes y las Reclamaciones Colectivas)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (N° 11): pp. 355-365.
- PUTHOOPARAMBIL, Soorej Jose (2013): “Do higher standards of detention promote well-being?”, *Forced Migration Review* (N° 44): pp. 1.
- QUERALT JIMENEZ, Argelia (2009): *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional* (Madrid, CEPC) 502 pp.
- RAFFAELLI, Rosa (2011): “The Return Directive in the light of the El Dridi Judgement”, *Perspective on Federalism* (vol. 3 N° 1): pp. 32-45.
- REIG FABADO, Isabel (2015): “La directiva de retorno y la tutela judicial efectiva”, *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (N° 19): pp. 115-126.
- REMIRO BROTONS, Antonio (1987): *Derecho Internacional Público* (Madrid, Tecnos) Tomo I. Principios fundamentales, 339 pp.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2008): “Reflexiones sobre los límites de Europa como proyecto político”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (N° 1): pp. 447-476.

- REMIRO BROTONS, Antonio *et al.* (2010): *Derecho Internacional. Curso General* (Valencia, Tirant lo Blanch) 877 pp.
- RIBERA, Teodoro (2007): “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”, *Revista de Derecho Público* (vol. 69): pp. 511-528.
- RIBOTTA, Silvina (2012): “Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y la regulación en el derecho español. Mejor prevenir que castigar”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (N° 85): pp. 153–180.
- RÍOS, Lautaro (1997): “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos”, *Ius et Praxis* (vol. 2 N° 2): pp. 101-112.
- RÍOS, Lautaro (2007): “La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno”, *Estudios Constitucionales* (vol. 5 N° 2): pp. 37-60.
- RIPHAGEN, Willem (1961): “The relationship between Public and Private Law and the rules of conflict of laws”, THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (editors), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Boston, Brill y Nijhoff, Leiden) vol. 102.
- RIVERO, Jean (1997): *Les libertés publiques* (6ª edición, París, Themis) 262 pp.
- RODRIGO, Ángel (1997): *Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español* (Madrid, Tecnos) 363 pp.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2014): “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de Colombia* (N° 6): pp. 23-56.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 36 N° 3): pp. 545-586.
- ROLDÁN BARBERO, Francisco Javier (2015): “La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (N° 51): pp. 453-490.
- ROLDAN, Javier (1990): “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia Soering de 7 de julio de 1989”, *Revista de Instituciones Europeas* (vol. 17 N° 2): pp. 537-558.
- ROMÁN, Yolanda (2004): “El convenio europeo para la prevención de la tortura”, GÓMEZ ISA, Felipe (director), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Bilbao, Universidad de Deusto) pp. 481-512.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2006): *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro* (Bilbao, Universidad de Deusto) 357 pp.
- ROSAS, Allan (2011): “Is the EU a Human Rights Organization?”, *Centre for the Law of EU External Relations Working Papers 2011/1* (N° 1): pp. 1-16.
- RUILOA ALVARIÑO, Julia (2005): *El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España* (Madrid, Dykinson) 631 pp.
- SALINERO, Sebastián (2011): “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *Política Criminal* (vol. 6 N° 11): pp. 106 – 141.

- SALMÓN, Elizabeth (2003): “Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional* (año 9 N° 9): pp. 149-184.
- SANZ, Susana (1998): “Los Derechos fundamentales en el Tratado de Ámsterdam: una reforma tímida pero positiva de los Tratados constitutivos”, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja* (N° 4): pp. 58 - 77.
- SANTAMARIA ARINAS, Rene (2004): “Artículo 3: Prohibición de la Tortura”, LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistematico* (Madrid, S.L. Civitas Ediciones) pp. 50-70.
- SANTAMARÍA ARINAS, Rene (2018): “Sobre el concepto de revocación en derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* (N° 207): pp. 177-207.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y GARCÍA ROCA, Francisco (2010): *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Madrid, CEPC) 894 pp.
- SARLET, Ingo Wolfgang (2009): *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituicao Federal de 1988* (7ª edición, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora) 200 pp.
- SCHMITT, Carl (1998): *El concepto de lo político texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (Madrid, Alianza) 153 pp.
- SEGADO, Francisco Fernández (1999): “El derecho a la jurisdicción y las garantías del debido proceso en el ordenamiento constitucional español”, *Ius et Praxis* (vol. 5 N° 1): pp. 63-120.
- SHANY, Yuval (2006): “Toward a general margin of appreciation doctrine in International Law?”, *European Journal of international Law* (vol. 16 N° 5): pp. 907–940.
- SHAW, Malcolm (2008): *International Law* (6ª edición, Cambridge, Cambridge University Press) 1542 pp.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos* (2ª edición, Santiago, editorial jurídica de Chile) Tomo II.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2003): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo IV .
- SILVA, Enrique (1994): *Derecho Administrativo, el control público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 237 pp.
- SIONAIDH, Douglas-Scott (2011): “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review* (vol. 11 N° 4): pp. 645-682.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (1995): “International Law in a world of liberal states”, *European Journal of International Law* (vol. 6 N° 3): pp. 503-538.
- SOBRINO, José (2008): “Artículo 4: Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes”, MANGAS, Araceli (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* (Bilbao, fundación BBVA) pp. 164-177.
- SOLA, Natividad (2000): “Reflexiones sobre los derechos humanos en la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *Noticias de la Unión Europea* (N° 185): pp. 9-22.
- SOLÍS, David (2009): “Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto* (N° 40): pp. 109 - 148.
- SORENSEN, Max (2010): *Manual de Derecho Internacional Público* (México, Fondo de Cultura Económica) 819 pp.

- SOTO KLOSS, Eduardo (1982): *El recurso de protección* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 582 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982b): “El recurso de protección, orígenes, doctrina, jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Chile* (vol. 9 N° 3): pp. 675-676.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 966 pp.
- SPIRO, Peter (1997): “Learning to live with immigration Federalism”, *Connecticut Law Review* (N° 29): pp. 1627-1646.
- SQUELLA, Agustín (2005): “El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (N° 23): pp. 103-133.
- STAN, María Fernanda (2016): “De la doctrina de la seguridad nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014”, *Polis Revista Latinoamericana* (vol. 15 N° 44): pp. 83-107.
- STEIN, Torsten (1995): *El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea* (Traducc. Antonio López, Madrid, Nueva Época) 84 p.
- STEFONI, Carolina (2011): “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, AA. VV. (coordinadoras), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías* (Quito, CLACSO) pp. 79-110.
- STEPHEN, Krasner (1993): “Westfalia and all that”, GOLSDTEIN, Judith y KEOHANE, Robert (editores), *Ideas and Foreign Policy* (Londres, Cornell University Press) pp. 235- 264.
- STEFONI, Carolina (2013): “Transformaciones sociales a partir de los nuevos procesos migratorios”, AA.VV. (editores), *Generación de Diálogo Chile-Perú Perú-Chile. Documento 4: Aspectos Migratorios* (Lima, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 10-27.
- STUMPF, Juliet (2006): “The crimmigration crisis: Immigrants, crime and sovereign power”, *American University Law Review* (vol. 56 N° 2): pp. 367-418.
- TAPIA VALDÉS, Jorge (2003): “Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980”, *Ius et Praxis* (vol. 9 N° 1): pp. 351-364.
- THILL, Magaly (2014): “States’ duty to prevent and eliminate violence against women in the European Union”, *Revista Universitaria Europea* (N° 21): pp.43-68.
- TOEBES, Brigit (2012): “The right to health, and the other health-related rights”, AA. VV. (editores), *Health and human rights in Europe* (Cambridge Intersentia) pp. 81-110.
- TORREALBA, Nicolás (2013): “Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada ley de extranjería”, CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD (coordinadores), *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago de Chile, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 9–16.
- TRAVIESO, Juan Antonio (1996): *Derechos Humanos y Derecho Internacional* (Buenos Aires, Heliasta) 600 pp.
- TRIEPPEL, Heinrich (1925): “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours 1923 Tome/Volume 1* (Leiden, Kluwer Academic Publishers) pp. 73-12.
- TRONCOSO, Claudio (2008): “Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009”, *Anuario de Derechos Humanos* (N° 6): pp. 149-157.

- TRUYOL Y SERRA, Antonio (1977): *Fundamentos de Derecho Internacional Público* (Madrid, Tecnos) 277 pp.
- TULKENS, Françoise y DONNAY, Luc (2006): “L’usage de la marge d’appréciation pour la Cour européenne des droits de l’homme: Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (vol. 1): pp. 3-23.
- UPRIMNY, Rodrigo (2006): *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal* (Colombia, Consejo Superior de la Judicatura) 193 pp.
- URZÚA VALENZUELA, Germán (1991): *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 432 pp.
- VELASCO, Francisco (2011): “Un ejemplo de funcionamiento de la “preemption” norteamericana: la regulación de la inmigración”, *Revista Española de Antropología Física* (Nº 13): pp. 11–50.
- VALLS, Ramón (2015): “El concepto de dignidad humana”, *Revista de Bioética y Derecho* (Nº 5): pp. 278–285.
- VASAK, Karel (1974): “Le droit international des droits de l’homme”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Nº 140): pp. 780.
- VENTURA, Manuel (2004): “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (vol. 40): pp. 87–131.
- VERDROSS, Alfred (1980): *Derecho Internacional Público* (6ª edición, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar) 563 pp.
- VEGARA BLANCO, Alejandro (2017): “La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración”, SOTO KLOSS, Eduardo (editor), *El derecho administrativo y la protección de las personas: Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 167-185.
- VILARIÑO PINTOS, Eduardo (2016): *Curso de Derecho Diplomático y Consular* (Madrid, Tecnos) 536 pp.
- VILLÁN DURÁN, Carlos (2002): *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Madrid, Trotta) 1032 pp.
- VILLAVERDE, Ignacio (2002): “Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales”, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (editores), *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente* (Madrid, Congreso de los Diputados) pp. 317-364.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2015): *Curso de Derecho Constitucional* (3ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago) 562 pp.
- VON BOGDANDY, Amin (2000): “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the core of the European Union”, *Common Market Law Review* (vol. 37 Nº 6): pp. 1307- 1338.
- VON BOGDANDY, Armin (2010): “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales” (Traducc. Serna De La Garza), disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=409758&d=1&](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409758&d=1&), fecha de consulta: 22 junio 2018.

- VON BOGDANDY, Armin (2014): “Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the european legal area”, *International Journal of Constitutional Law* (vol. 12 N° 4): pp. 980- 985.
- WAASDORP, Jim y PAHLADSINGH, Aniel (2016): “Expulsion or imprisonment? Criminal Law sanctions for breaching an entry ban in the light of Crimmigration Law”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* (vol. 4 N° 2): pp. 247–266.
- WEINZIERL, Ruth (2007): *The demands of human and EU fundamental rights for the protection of the European Union’s external borders* (Berlin, German Institute for Human Rights) 73 pp.
- WEILER, Joseph (1991): “The transformation of Europe”, *100 Yale Law Journal* (vol. 100 N° 8): pp. 2403- 2483.
- WOUTERS, Jan (2010): “The tormented relationship between international law and EU law”, BEKKER, Peter y WAIBEL, Markus (editores), *Making transnational law work in the global economy. Essays in honour of Detlev Vagts* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 198-221.
- Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín (2003): “La inmigración en la Unión Europea: La difícil configuración de una política de inmigración”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* (N° 5): pp. 83-90.
- Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín (2008a): “Respeto de la vida privada y familiar”, MANGAS MARTIN, Araceli (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* (Bilbao, Fundación BBVA) pp. 209-222.
- Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín (2008b): “Derecho a la libertad y a la seguridad”, MANGAS MARTIN, Araceli (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo* (Bilbao, fundación BBVA) pp. 195-208.
- Y PÉREZ DE NANCLARES, José Martín (2015): “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (N° 52): pp. 825-869.
- ZABALO ESCUDERO, María Luisa (2005): “Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea”, *Aequalitas Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* (N° 16): pp. 28-33.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2003): *Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (5ª edición, Madrid, editorial Trotta) 156 pp.
- ZAMORA, José Antonio (2005): “Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción”, *Arbor* (vol. 181 N° 713): pp. 53-66.
- ZÁRATE ROJAS, Sebastián (2016): “El concepto de familia en la constitución: matrimonio y libertad religiosa”, FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (editor), *Principios, valores e instituciones: El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional, reflexiones y propuestas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 25-38.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2007): “El recurso de protección y sus límites: a propósito de las cuestiones técnicas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 14 N° 2): pp. 131-157.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso (2003): *Acciones constitucionales* (Santiago, LexisNexis) 218 pp.



## TESIS DOCTORALES

HERNÁNDEZ, Carolina (2015): *Derechos fundamentales y migración internacional* (Tesis para optar al grado de Doctor, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha) 634 pp. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/10131>, fecha de consulta: 15 abril 2017.

## OTROS DOCUMENTOS CITADOS

AA. VV. (2013): “Avances y obstáculos en el juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales en América Latina. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en audiencia temática regional durante el 149º período de sesiones”, disponible en: [http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_cidh\\_audiencia\\_juzgamiento\\_graves\\_violac\\_1nov2013.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_cidh_audiencia_juzgamiento_graves_violac_1nov2013.pdf), fecha de consulta: 15 abril 2019.

BUSTAMANTE, Jorge (1998): “Working paper prepared by the Chairman/Rapporteur of the working group of intergovernmental experts on the human rights of migrants”. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/AC.46/1998/5, 8 octubre 1998, disponible en: [https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=3898](https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=3898), fecha de consulta: 22 junio 2018.

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974): “Actas de la Comisión Ortúzar, sesión N° 87”, disponible en [https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1975): “Actas de la Comisión Ortúzar, sesión N° 90”, disponible en: [https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2009): “Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. COM 2009, 313 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0313&from=ES>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

COMISIÓN EUROPEA (2014): “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE”. COM (2014) /199, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2014\)0199/\\_com\\_com\(2014\)0199\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2014)0199/_com_com(2014)0199_en.pdf), fecha de consulta: 22 junio 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002): “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”. OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octubre 2002, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975>, fecha de consulta: 10 marzo 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010): “Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso”. OEA/SER.L/V/II Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, disponible en:

- <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Indice.htm>, fecha de consulta: 22 mayo 2018.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013): “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, Informe”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 diciembre 2013, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2011): “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales”. CAT/C/BGR/CO/4-5, 14 diciembre 2011, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FBGR%2FCO%2F4-5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FBGR%2FCO%2F4-5&Lang=en), fecha de consulta: 27 junio 2019.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2013a): “Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of Latvia”, CAT/C/LVA/CO/3-5 y CAT/C/LVA/CO/3-5/Corr.1, 23 diciembre 2013, disponible en: <https://undocs.org/CAT/C/LVA/CO/3-5>, fecha de consulta: 15 junio 2018.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2013b): “Concluding observations on the second periodic report of the Plurinational State of Bolivia as approved by the Committee at its fiftieth session”. CAT/C/BOL/CO/2, 14 junio 2013, disponible en: <https://undocs.org/en/CAT/C/BOL/CO/2>, fecha de consulta: 27 junio 2019.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2015a): “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la República de Serbia”. CAT/C/SRB/CO/2, 13 junio 2015, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/C/SRB/CO/2&Lang=En](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/C/SRB/CO/2&Lang=En), fecha de consulta: 13 agosto 2018.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2015b): “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Nueva Zelanda”. CAT/C/NZL/CO/6, 2 junio 2015, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/110/94/PDF/G1511094.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 10 enero 2018.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2016): “Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Denmark”. CAT/C/DNK/CO/6-7, 4 febrero 2016, disponible en: <https://undocs.org/CAT/C/DNK/CO/6-7>, fecha de consulta: 10 enero 2019.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2017a): “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia”. CAT/C/FIN/CO/7”, 20 enero 2017, disponible en: <https://undocs.org/en/CAT/C/FIN/CO/7>, fecha de consulta: 13 septiembre 2019.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2017b): “Observaciones finales sobre Cabo Verde en ausencia de informe”. CAT/C/CPV/CO/1, 26 enero 2017, disponible en: <https://undocs.org/CAT/C/CPV/CO/1>, fecha de consulta: 10 junio 2018.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1996): “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”. Documento oficial de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.72, 18 noviembre 1996, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F79%2FAdd.72&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F79%2FAdd.72&Lang=en), fecha de consulta: 18 noviembre 2018.

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2003a): “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. El Salvador”. Documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/78/SLV, 22 agosto 2003, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FCO%2F78%2FSLV&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FCO%2F78%2FSLV&Lang=en), fecha de consulta: 15 octubre 2018.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2014): “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile”. Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/CHL/CO/6, 13 agosto 2014, disponible en: <https://undocs.org/es/CCPR/C/CHL/CO/6>, fecha de consulta: 22 mayo 2017.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2012): “The rights of all children in the context of international migration”. 28 septiembre 2012, disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC\\_DGD-childrens\\_Rights\\_InternationalMigration.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC_DGD-childrens_Rights_InternationalMigration.pdf), fecha de consulta: 13 agosto 2018.
- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (1991): “Health care services in prisons”. CPT/inf (93) 12 part, disponible en: <https://rm.coe.int/16806ce943>, fecha de consulta: 13 abril 2019.
- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2009): “Safeguards for irregular migrants deprived of their liberty”. CPT/inf (97) 10, disponible en: <https://rm.coe.int/16806cce8e>, fecha de consulta: 21 enero 2018.
- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2017a): “Detención de inmigrantes”. CPT/Inf(2017)3, disponible en: <https://rm.coe.int/16808ef723>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (2017b): “Informe para el gobierno español sobre la visita llevada a cabo en España por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”. CPT/Inf (2017) 34, disponible en: <https://rm.coe.int/pdf/168076696c>, fecha de consulta: 15 junio 2019.
- CONSEJO DE EUROPA (2010): “Criminalization of migration in Europe: Human rights implications”, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4b6a9fef2.html>, fecha de consulta: 11 noviembre 2017.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2001): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones relativas al texto completo de la Carta* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas) 77 pp.
- CRÉPEAU, François (2012): “Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development”. A/HRC/20/24, 2 abril 2012, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_sp.pdf), fecha de consulta: 24 septiembre 2019.
- CRÉPEAU, François (2014): “Derechos humanos de los migrantes. Informe del Relator Especial. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos y las libertades fundamentales”. A/69/302, 11 agosto 2014, disponible en:

- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 13 marzo 2019.
- DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN (2018): “Estadísticas migratorias: Registros administrativos del Departamento de Extranjería y Migración”, disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>, fecha de consulta: 10 junio 2019.
- DELANEY, Rose (2016): “Europa no logra la armonía social entre musulmanes y europeos”, disponible en *Inter Press Service. Agencia de noticias*: <http://www.ipsnoticias.net/2016/09/europa-no-logra-la-armonia-social-entre-musulmanes-y-europeos/>, fecha de consulta: 20 mayo 2015.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2011): “Detention of third country nationals in return procedures, Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/detention-third-country-nationals-return-procedures>; fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- FRONTEX (2015): “Informe sobre las cuentas anuales de la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los *Estados miembros correspondientes al ejercicio 2014, acompañado de las respuestas de la Agencia*, (2015/C 409/38)”, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52015TA1209\(38\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52015TA1209(38)), fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- GRUPO DE INTEGRIDAD JUDICIAL (2013): “Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial”. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponible en: [https://www.unodc.org/documents/dohadeclaration/JI/CBPJC/Bangalore\\_principles\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/dohadeclaration/JI/CBPJC/Bangalore_principles_Spanish.pdf), fecha de consulta: 25 marzo 2018.
- GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (UN) (1998): “Informe presentado de conformidad con la resolución 1997/15 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/76, 15 abril 1997, disponible en: [https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=1189](https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=1189), fecha de consulta: 22 junio 2019. HUMAN RIGHTS WATCH (2011): “The EU’s Dirty Hands: Frontex Involvement in Ill-treatment of migrants detainees in Greece”, disponible en: <https://www.hrw.org/report/2011/09/21/eus-dirty-hands/frontex-involvement-ill-treatment-migrant-detainees-greece>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS (2008): “Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe”. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/7/4, 10 enero 2008, disponible en: <http://undocs.org/A/HRC/7/4>, fecha de consulta: 30 enero 2019.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS y DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN (2019): “Estimación de Personas Extranjeras Residentes en Chile: 18 de diciembre de 2018”, disponible en: [https://www.ine.cl/docs/default-source/default-document-library/estimaci%C3%B3n-de-personas-extranjeras-residentes-en-chile-al-31-de-diciembre-de-2018.pdf?sfvrsn=69145bd2\\_0](https://www.ine.cl/docs/default-source/default-document-library/estimaci%C3%B3n-de-personas-extranjeras-residentes-en-chile-al-31-de-diciembre-de-2018.pdf?sfvrsn=69145bd2_0), fecha de consulta: 22 abril 2018.

- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (2014): “Migration and International Human Rights Law: A Practitioners’ Guide 2014”, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/Universal-MigrationHRLaw-PG-no-6-Publications-PractitionersGuide-2014-eng.pdf>, fecha de consulta: 15 agosto 2019.
- JESUIT REFUGEE SERVICE EUROPE (2010): *Becoming vulnerable in detention* (Bruselas, JRS-Europe) 18 pp.
- KAMTO, Maurice (2005): “Expulsion of aliens. Preliminary report on the expulsion of aliens”. A/CN.4/554, 2 junio 2005, disponible en: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2005\\_v2\\_p1.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2005_v2_p1.pdf), fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- KAMTO, Maurice (2006): “Expulsion of aliens. Second report on the expulsion of aliens”. A/CN.4/573, 20 julio 2006, disponible en: [http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_573.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_573.pdf), fecha de consulta: 12 junio 2019.
- KAMTO, Maurice (2010): “Expulsión de extranjeros. Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros”. A/CN.4/625 y Add.1 y 2, 19 marzo 28 mayo y 9 julio 2010, disponible en: [http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_625.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_625.pdf), fecha de consulta: 20 septiembre 2019.
- NACIONES UNIDAS (1955): “Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights”, Documento A/2929, 1 julio 1955, disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920\\_iccpr/docs/A-2929.pdf](https://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/A-2929.pdf), fecha de consulta: 22 mayo 2007.
- NOVOA, Carmen (2015): “¿Cómo los recibe Chile? La realidad que enfrentan los inmigrantes que llegan al país”, disponible en *Emol*, 21 de septiembre de 2015, <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/09/21/750835/La-realidad-que-enfrentaran-los-inmigrantes-que-lleguen-a-Chile.html>, fecha de consulta: 22 mayo 2018.
- OBSERVATORIO IBEROAMERICANO SOBRE MOVILIDAD HUMANA, MIGRACIONES Y DESARROLLO (2016): “La migración en Chile: breve reporte y caracterización”, disponible en: [http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe\\_julio\\_agosto\\_2016.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf), fecha de consulta: 10 mayo 2018.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2012): “Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional”, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReportSPt.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReportSPt.pdf), fecha de consulta: 13 junio 2019.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y CONSEJO DE EUROPA (2014): “Herramientas regionales de lucha contra la violencia hacia las mujeres: La Convención de Belém do Pará y el Convenio de Estambul”, disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/mesecvi-coe-cswpub-es.pdf>, fecha de consulta: 13 enero 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2006): “Glosario sobre migración”, disponible en: [http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf), fecha de consulta: 3 marzo 2017.

- RODLEY, Nigel S. (1995): “Report of the special rapporteur question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. Commission on Human Rights, E/CN.4/1995/34, 12 January 1995, disponible en: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/C323437A10C2AEDF85256C530069E13>, fecha de consulta: 12 octubre 2018.
- RODRÍGUEZ PIZARRO, Gabriela (2000): “Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes”, Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/2000/82, 6 enero 2000, disponible en: <https://undocs.org/es/E/CN.4/2000/82>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- VAN BOVEN, Theo (2002): “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe General del Relator Especial contra la Tortura”, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4//2002/137, 26 febrero 2002, disponible en: <https://undocs.org/E/CN.4/2002/137>, fecha de consulta: 9 septiembre 2019.
- WORLD BANK GROUP (2016): “Migration and development: a role for the World Bank Group”, disponible en: <http://pubdocs.worldbank.org/en/468881473870347506/Migration-and-Development-Report-Sept2016.pdf>, fecha de consulta: 3 marzo 2016.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS.

- Acta Única Europea, en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. Diario Oficial de la Unión Europea 169, 29 junio 1987, disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/47810/Suplemento2-86.pdf?sequence=1>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, 30 abril 1948, disponible en: <https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/carta-de-la-Organizacion-de-los-Estados-Americanos.pdf>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 junio 1945, disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza 7 diciembre 2000. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, 18 diciembre 2000, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Carta Social Europea, Turín, 18 octubre 1961. ETS No.035, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168006b642>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- COMISIÓN EUROPEA (2015): “Recomendación de la Comisión”. C(2015) 6250 final, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2015/ES/3-2015-6250-ES-F1-1.PDF>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- COMISIÓN EUROPEA (2017): “Recomendación (UE) 2017/2338”, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2017/339/L00083-00159.pdf>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008): “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 3-14 marzo 2008, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>, fecha de consulta: 22 mayo 2018.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003) “Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”. Documento de las Naciones Unidas CRC/GC/2003/5, 27 noviembre 2003, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FGC%2F2003%2F5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FGC%2F2003%2F5&Lang=en), fecha de consulta: 22 junio 2017.
- CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (1993): “Declaración y Programa de Acción de Viena”, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf), fecha de consulta: 23 agosto 2018.
- CONSEJO DE EUROPA (2005): “Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return (CM (2005)40)”, disponible en: <https://www.unhcr.org/4d948a7d9.pdf>, fecha de consulta: 23 octubre 2018.
- CONSEJO DE EUROPA (2006): “Policy of return for failed asylum seekers in the Netherlands, Res 1483 (2006)”, disponible en: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=17406&lang=EN>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- CONSEJO DE EUROPA (2006b): “Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas”, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5bd895a74.html>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 noviembre 1969. OAS-B32, disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 diciembre 1984, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003d679&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003d679&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiado, Ginebra, 28 julio 1951, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=IND&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, New York, 21 diciembre 1965, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280008954&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280008954&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, New York, 8 diciembre 1990, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028004b0a9&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028004b0a9&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, New York, 18 diciembre 1979, disponible en *United Nations Treaty Collection*:

- [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028000309d&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028000309d&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800007fe&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800007fe&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, New York, 13 diciembre 2006, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convenio de Schengen, Schengen, 19 junio 1990, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028017bf87&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028017bf87&clang=_en), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, Estrasburgo 26 noviembre 1987, ETS N° 126, disponible en: <https://rm.coe.int/16806dbaa4>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 noviembre 1950, ETS No.005, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Collection\\_Convention\\_1950\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, noviembre 1948, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n\\_Americana\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_Deberes\\_del\\_Hombre\\_1948.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Paris, 10 diciembre 1948. Resolución 217 A (III), 10 diciembre 1948. Disponible en: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf), fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Declaración de los Derechos del Niño, 20 noviembre 1959. Resolución 1386 (XIV), disponible en *United Nations Treaty Collection*: <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del país en que viven, 13 diciembre 1985. Resolución 40/144. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/HumanRightsOfIndividuals.aspx>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Directiva 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. *Diario Oficial de la Unión Europea* 31, 6 febrero 2003.
- Directiva 2004/38/CE, derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea* 158, 30 abril 2004.
- Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. *Diario Oficial de la Unión Europea* 348, 24 diciembre 2008.
- Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios



- de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición). *Diario Oficial de la Unión Europea* 337, 20 diciembre 2011.
- Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). *Diario Oficial de la Unión Europea* 180, 29 junio 2013.
- Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). *Diario Oficial de la Unión Europea* 180, 29 junio 2013.
- Estatuto de la CorteIDH, octubre 1979. Adoptado por la Asamblea General de la OEA, Resolución N° 448. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>, fecha de consulta: 12 diciembre 2017.
- Observación General N° 1 del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Sobre los trabajadores domésticos migratorios, CMW/C/GC/1, 23 febrero 2011, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Observación General N° 2 del Comité Contra la Tortura. Aplicación del artículo 2 por los Estados partes, CAT/C/GC/2, 24 enero 2008, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 18 marzo 2019.
- Observación General N° 3 del Comité Contra la Tortura. Aplicación del artículo 14 por los Estados partes, CAT/C/GC/3, 13 diciembre 2012, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La índole de las obligaciones de los Estados partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto) de 1990, Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Vol. I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 27 mayo 2008, pp. 17-21, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 14 diciembre 1990.
- Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño. Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 septiembre 2005, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 22 mayo 2017.
- Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 julio 2009, disponible en: <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/12>, fecha de consulta: 24 septiembre 2019.
- Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/C/GC/14, 29 mayo 2013, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 12 septiembre 2019.

- Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 13 agosto 2019.
- Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto de 1986, Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Vol. I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 27 mayo 2008, pp. 225-228, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 13 agosto 2017.
- Observación General N° 16 del Comité de Derechos Humanos. Derecho a la intimidad (artículo 17) de 1988, Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Vol. I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 27 mayo 2008, pp. 228-230, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos. La familia (artículo 23) de 1990, Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Vol. I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 mayo 2008, pp. 237-238, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 13 enero 2019.
- Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7) de 1992, Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Vol. I. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I), 27 mayo 2008, pp. 239-241, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 4 enero 2018.
- Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos. Libertad de circulación (artículo 12). CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1 noviembre 1999, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 marzo 2004, disponible en: <https://undocs.org/CCPR/C/21/Rev.1/Add.13>, fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre 1966, disponible en *United Nations Treaty Collection*: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/v999.pdf>, fecha de consulta: 13 julio 2018.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 diciembre 1966, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028002b6ed&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028002b6ed&clang=_en), fecha de consulta: 13 julio 2018.
- PARLAMENTO EUROPEO (2009): “European Parliament resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008, 2007/2145(INI)”, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//EN>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018. Protocolo N° 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, París 20 marzo 1952, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Protocolo N° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, Estrasburgo 28 abril 1983. ETS N° 114, disponible en *European Treaty Series* N° 114; [http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_collection\\_p6\\_ETS114E\\_Eng.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_collection_p6_ETS114E_Eng.pdf) fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Protocolo N° 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Estrasburgo 11 mayo 1994. ETS N° 155. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168007cda9>, fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Protocolo N° 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, Vilnius 3 mayo 2002. ETS: 155, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Asunción 20 agosto de 1990, OAS A-53. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-53.html>, fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, New York 18 diciembre 2002. Disponible en <http://www.treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000002803d68b&clang=en>, fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, New York 31 enero 1967. Resolución 2198 (XXI), 4 de octubre de 1967, disponible en *United Nations Treaty Collection*: [http://treaties.un.org/showDetails.aspx?objid=08000000280048bb8&clang=\\_en](http://treaties.un.org/showDetails.aspx?objid=08000000280048bb8&clang=_en), fecha de consulta: 13 julio 2018.
- Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Sobre las trabajadoras migratorias. CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 diciembre 2008, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/CEDAW\\_C\\_2009\\_WP-1\\_R\\_7138\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_2009_WP-1_R_7138_S.pdf), fecha de consulta: 30 julio 2018.
- Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la discriminación Racial, CERD/C/64/misc11/rev.3, 23 febrero al 12 marzo 2004, disponible en:

- <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/cerd-gc30.doc>, fecha de consulta: 17 junio 2018.
- Reglamento de la Unión Europea N° 604/2013, que establece los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable para examinar una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición). *Diario Oficial de la Unión Europea* 180/31, 29 junio 2013.
- Reglamento de la Unión Europea N° 1624/2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) N° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) N° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea* 251, 19 septiembre 2016.
- Resolución 03/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos Humanos de los Migrantes, Estándares Internacionales y Directiva Europea sobre Retorno, 25 julio 2008, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/resoluciones.asp>, fecha de consulta: 22 mayo 2018.
- Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/5/1, 18 junio 2007, disponible en: [http://www.ap.ohchr.org/documents/S/HRC/.../A\\_HRC\\_RES\\_5\\_1.doc](http://www.ap.ohchr.org/documents/S/HRC/.../A_HRC_RES_5_1.doc), fecha de consulta: 22 mayo 2019.
- Resolución 36/40 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Año Mundial de las Comunicaciones: Desarrollo de la Infraestructura de las Comunicaciones, A/RES/36/40, 19 noviembre 1981, disponible en: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/36/list36.htm>, fecha de consulta: 13 febrero 2019.
- Resolución 37/194 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios de ética médica, 18 diciembre 1982, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/37/194>, fecha de consulta: 23 agosto 2018.
- Resolución 40/40 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Crítica situación económica de África, A/RES/40/40, 2 diciembre 1985, disponible en: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/40/list40.htm>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas, 9 diciembre 1988, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/538/45/IMG/NR053845.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 28 abril 2019.
- Resolución 45/163 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 18 diciembre 1990, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/45/163>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, 14 diciembre 1990,

disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/572/76/IMG/NR057276.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 20 julio 2019.

- Resolución 46/129 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 17 diciembre 1991, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/46/129>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 47/131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 22 febrero 1993, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/47/131>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 48/121 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 14 febrero 1994, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/48/125>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 49/181 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 23 diciembre 1994, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/49/181>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 50/174 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 22 diciembre 1995, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/50/174>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 51/105 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 12 diciembre 1996, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/51/105>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 52/131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 12 diciembre 1997, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/52/131>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 53/149 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 9 diciembre 1998, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/53/149>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 54/174 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la

- imparcialidad y la objetividad, 17 diciembre 1999, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/51/105>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 55/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 4 diciembre 2000, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/55/104>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 56/153 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 19 diciembre 2001, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/51/105>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 57/203 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 18 diciembre 2002, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/57/203>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 58/168 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 22 diciembre 2003, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/58/168>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 59/190 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 20 diciembre 2004, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/59/190>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 60/251 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. [Establece] Consejo de Derechos Humanos, A/RES/60/251, 3 abril 2006, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/60/251>, fecha de consulta: 22 diciembre 2016.
- Resolución 62/165 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 18 diciembre 2007, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/62/165>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 64/168 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 18 diciembre 2009, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/64/168>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 66/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 19 diciembre 2011, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/66/157>, fecha de consulta: 20 julio 2019.

- Resolución 68/176 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional e importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, 1 diciembre 2013, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/68/176>, fecha de consulta: 20 julio 2019.
- Resolución 69/10 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Cooperación entre las Naciones Unidas y la Comunidad de Estados Independientes, A/RES/69/10, 2 diciembre 2014, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/69/10>, fecha de consulta: 22 diciembre 2016.
- Resolución 70/150 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos mediante el fomento de la cooperación internacional y la importancia de la no selectividad, la imparcialidad y la objetividad, A/RES/70/150, 1 marzo 2016, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/263/84/PDF/N1726384.pdf?OpenElement>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Resolución 70/175 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), A/RES/70/175, 8 enero 2016, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 23 enero 2018.
- Resolución 1985/17 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de la composición, la organización y los arreglos administrativos del Grupo de trabajo de Expertos gubernamentales del periodo de sesiones sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 28 mayo 1985. disponible en: <http://ap.ohchr.org/documents/E/ECOSOC/resolutions/E-RES-1985-17.doc>, fecha de consulta: 17 julio 2019.
- Resolución 2625 (XXV) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, A/RES/2625(XXV), 24 octubre 1970, disponible en: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/25/ares25.htm>, fecha de consulta: 13 enero 2018.
- Segundo Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 diciembre 1989, disponible en *United Nations Treaty Collection*: <http://treaties.un.org/showDetails.aspx?objid=0800000280006477&clang=en>, fecha de consulta: 24 septiembre 2018.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 25 marzo 1957. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES>, fecha de consulta: 24 septiembre 2018.
- Tratado de Ámsterdam, Ámsterdam 2 octubre 1997. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 340, 10 noviembre 1997. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>, fecha de consulta: 24 septiembre 2018.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 26 octubre 2012. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 326, 26 octubre 2012, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, fecha de consulta: 24 septiembre 2018.

Tratado de la Unión Europea, Maastricht, 7 febrero 1992. *Diario Oficial de la Unión Europea* 191, 29 julio 1992. Disponible en: [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf), fecha de consulta: 24 septiembre 2018.

Tratado de Niza, Niza, 26 febrero 2001. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 80, 10 marzo 2001. Disponible en: [https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/es\\_nice.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/es_nice.pdf), fecha de consulta: 24 septiembre 2018.

## LEGISLACIONES NACIONALES

### CHILE

Constitución Política de la República de Chile. Decreto N° 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

Decreto N° 597, aprueba nuevo reglamento de extranjería. *Diario Oficial*, 24 noviembre 1984.

Decreto N° 2.910, modifica Decreto N° 597, de 1984. *Diario Oficial*, 23 mayo 2000.

Decreto Ley N° 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile. *Diario Oficial*, 19 julio 1975.

Instructivo Presidencial N° 5. Lineamientos e instrucciones para la política migratoria, 6 noviembre 2015. Disponible en: [http://transparenciaactiva.presidencia.cl/normativa\\_a8.html](http://transparenciaactiva.presidencia.cl/normativa_a8.html), fecha de consulta: 22 mayo 2019. Ley N° 19.273, modifica decretos n°s 597, de 1984 y 940 de 1975. *Diario Oficial*, 18 agosto 1994.

Instructivo Presidencial N° 9. Imparte instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”, 2 septiembre 2008. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/03/Inst-Presidencial-Nº-9.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2019.

Ley N° 19.476, introduce modificaciones al decreto ley n° 1.094, de 1975, en materia de refugiados. *Diario Oficial*, 21 octubre 1996.

Ley N° 19.581, aprueba reglamento de la ley N° 19.581 que establece la categoría de habitantes de zonas fronterizas. *Diario Oficial*, 01 septiembre 1998.

Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Ley N° 19.947, establece nueva ley de matrimonio civil. *Diario Oficial*, 17 mayo 2004.

Ley N° 19.966, aprueba reglamento que establece normas para la elaboración y determinación de las garantías explícitas en salud a que se refiere la Ley N° 19.966. *Diario Oficial*, 19 agosto 2005.

Ley N° 20.357, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. *Diario Oficial*, 26 junio 2009.

Ley N° 20.405, del instituto nacional de derechos humanos. *Diario Oficial*, 24 noviembre 2009.



- Ley N° 20.480, modifica el código penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. *Diario Oficial*, 14 diciembre 2010.
- Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación. *Diario Oficial*, 12 julio 2012.
- Ley N° 20.885, crea la subsecretaría de derechos humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de justicia. *Diario Oficial*, 16 diciembre 2015.
- Ley N° 20.968, tipifica Delitos de Tortura y de Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. *Diario Oficial*, 11 noviembre 2016.
- Ley N° 21.013, tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial. *Diario Oficial*, 29 mayo 2017.
- Ley N° 21.030, regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. *Diario Oficial*, 14 septiembre 2017.
- Ley N° 21.067, crea la defensoría de los derechos de la niñez. *Diario Oficial*, 22 enero 2018.
- Ley N° 21.090, crea la subsecretaría de la niñez, modifica la Ley N° 20.530, sobre ministerio de desarrollo social, y modifica cuerpos legales que indica. *Diario Oficial*, 12 abril 2018.

#### PROYECTOS DE LEY

- Boletín N° 8970- 06, Mensaje de S. E. el Presidente de la República por el cual da inicio a la tramitación del proyecto sobre “Ley de Migración y Extranjería”. 4 junio 2013.
- Boletín N° 11395-06, Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de nueva ley de migraciones. 23 agosto 2017.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso N° 10.804 Guatemala* (1993): Informe N° 30/93, 12 octubre 1993, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>, fecha de consulta: 15 febrero 2019.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1997): “Dictamen. Comunicación N° 560/1993”. Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/59/D/560/1993, 30 abril 1997, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F59%2FD%2F560%2F1993&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F59%2FD%2F560%2F1993&Lang=en), fecha de consulta: 23 enero 2019.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2003b): “Dictamen. Comunicación N° 1014/2001”. Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 septiembre 2003, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2404.pdf?view=1>, fecha de consulta: 23 enero 2019.
- Comité contra la Tortura, *Kwami Mopongo y otros c. Marruecos* (2014): 7 noviembre 2014. CAT/C/53/D/321/2007. Disponible en: <https://undocs.org/CAT/C/53/D/321/2007>, fecha de consulta: 30 julio 2018.

- Comité contra la Tortura, *Ali Fadel c. Suiza* (2015): 14 noviembre 2014, CAT/C/53/D/450/2011. Disponible en <https://undocs.org/CAT/C/53/D/450/2011>, fecha de consulta: 27 enero 2018.
- Comité contra la Tortura, *Tursunov c. Kazajstán* (2015): 8 mayo 2015, CAT/C/54/D/538/2013. Disponible en <https://undocs.org/CAT/C/54/D/538/2013>, fecha de consulta: 23 junio 2019.
- Comité contra la Tortura, *M. B. y otros c. Dinamarca*, (2016): 25 noviembre 2016, CAT/C/59/D/634/2014. Disponible en <https://undocs.org/CAT/C/59/D/634/2014>, fecha de consulta: 27 enero 2018.
- Comité contra la Tortura, *H. Y. c. Suiza* (2017): 9 agosto 2017, CAT/C/61/D/747/2016. Disponible en <file:///C:/Users/gusme/Downloads/G1726189.pdf>, fecha de consulta: 24 junio 2018.
- Comité de Derechos Humanos, *Caso C. v. Australia* (2002): 13 noviembre 2002, Comunicación N° 900/1999. CCPR/C/76/D/900/1999. Disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Comité de Derechos Humanos, *Caso Madafferi v. Australia* (2004): 26 agosto 2004, Comunicación n° 1011/2001. CCPR/C/81/D/1011/2001. Disponible en <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Comité Europeo de Derechos Humanos, *Caso International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (2004): 24 mayo 2004, Complaint No. 14/2003. Disponible en <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/FIDH-France-2003.pdf>, fecha de consulta: 15 enero 2019.
- Contraloría General de la República de Chile, *Dictamen N° 18.353* (2009): 9 abril 2009. Disponible en <https://contraloria-general-republica.vlex.cl/vid/dictamen-n-96610-contraloria-589365202>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Contraloría General de la República de Chile, *Dictamen N° 96.610* (2015): 4 diciembre 2015. Disponible en <https://contraloria-general-republica.vlex.cl/vid/dictamen-n-96610-contraloria-589365202>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Duret con Policía de Investigaciones de Chile* (2011): 24 octubre 2011, rol N° 2609-2011. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Becerra con Intendencia Regional Antofagasta* (2014): 26 febrero 2014, rol N° 11-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Contra John Fredy Caicedo Morales* (2014): 24 febrero 2014, rol N° 3-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Ortiz con Intendencia Regional de Antofagasta* (2016): 09 diciembre 2016, rol N° 76-2016. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Duran con Intendencia de Antofagasta* (2017): 4 agosto 2017, rol N° 115-2017. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Arica, *Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos con Policía de Investigaciones de Arica* (2013): 19 octubre 2013, rol N° 44-2013. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Arica, *Pérez con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2017): 04 Julio 2017, rol N° 196-2017. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Iquique, *Decena con Intendencia Regional de Iquique* (2014): 31 enero 2014, rol N° 11-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Iquique, *Bernal con Intendencia Regional de Tarapacá* (2015): 15 julio 2015, rol N° 8759-15. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Iquique, *Miranda con Intendencia de Tarapacá* (2015): 17 febrero 2014, rol N° 20-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Iquique, *Palta con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017): 05 enero 2017, rol N° 139-2016. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Concepción, *Caso Arévalo con Aldana* (2006): 19 junio 2016, rol N° 771-2006. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Caso Marín y otros con Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional* (2013): 25 marzo 2013, rol N° 351-2013. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Rentería con Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones* (2013): 06 mayo 2013, rol N° 752-2013. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Salazar y otros con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, Jefatura de Extranjería y Policía Internacional de Investigaciones* (2013): 22 abril 2013, rol N° 550-2013. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.

- Corte de Apelaciones de Santiago, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014): 12 febrero 2014, rol N° 223-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte Apelaciones de Santiago, *García De León con Departamento De Extranjería y Migración* (2014): 15 septiembre 2014, rol N° 1573-14. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Moller con Departamento de Extranjería y Migración* (2014): 29 octubre 2014, rol N° 2160-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Ocampo con Gobernación Provincial de Antofagasta y Policía de Investigaciones* (2014): 19 febrero 2014, rol N° 10-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Santos con Intendente Metropolitano señor Claudio Orrego Larraín* (2014): 24 octubre 2014, rol N° 1920-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Torres con Ministerio del Interior y Seguridad Publica* (2014): 12 diciembre 2014, rol N° 2209-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Zenteno con Policía de Investigaciones de Chile* (2014): 2 octubre 2014, rol N° 1980-2014. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Córdoba con Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile* (2016): 24 octubre 2016, rol N° 982-2016. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Manzanillo con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016): 17 mayo 2016, rol N° 327-2016. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Oleo con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016): 6 mayo 2016, rol N° 288-2016. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Pérez con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016): 4 agosto 2016, rol N° 726-2016. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Espinal con Departamento de Extranjería y Migración* (2017): 8 mayo 2017, rol N° 872-2017. Disponible en

- <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Pascucci con Departamento de Extranjería y Migración e Intendente de la Región Metropolitana* (2017): 03 abril 2017, rol N° 706-2017. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, *Sánchez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017): 17 abril 2017, rol N° 803-2017. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones Santiago, *Pérez con Intendencia de la Región Metropolitana* (2018): 20 febrero 2018, rol N° 232-2018. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte de Apelaciones Santiago, *Soto con Policía de Investigaciones de Chile* (2018): 3 febrero 2018, rol N° 188-2018. Disponible en <https://corte.pjud.cl/SITCORTEPORTAL/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-9/87* (1987): 6 octubre 1987, serie A N° 9. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988): 29 julio 1988, serie C N° 4. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras* (1989): 20 enero 1989, serie C N° 5. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras* (1989): 15 marzo 1989, serie C N° 6. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId\\_Ficha=190](http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=190), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam* (1994): 21 enero 1994, serie C N° 16. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú* (1995): 19 enero 1995, serie C N° 20. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, vs. Perú* (1997): 17 septiembre 1997, serie C N° 33. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú* (1997): 3 noviembre 1997, serie C N° 34. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997): 12 noviembre 1997, serie C, N° 35. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp%5b1%5d](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp%5b1%5d), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

- Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999): 30 mayo 1999, serie C N° 52. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99* (1999): 1 octubre 1999, serie A N° 16. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú* (2000): 16 agosto 2000, serie C N° 50. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_68\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú* (2000): 18 agosto 2000, serie C N° 69. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001): 31 enero 2001, serie C N° 71. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Baena Ricardo vs. Panamá* (2001): 2 febrero 2001, serie C N° 72. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001): 6 febrero 2001, serie C N° 74. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_74\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf), fecha de consulta: 24 septiembre 2019.
- Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (2002): 21 junio 2002, serie C N° 94. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_94\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002* (2002): 28 agosto 2002, serie A N° 17. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), fecha de consulta: 2 abril 2018.
- Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (2003): 7 junio 2003, serie C N° 99. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_99\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (2003): 17 septiembre 2003, serie A N° 18. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>, fecha de consulta: 19 agosto 2018.
- Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina* (2003): 18 septiembre 2003, serie C N° 100. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay* (2004): 2 septiembre 2004, serie C No. 112. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf), fecha de consulta: 14 abril 2018.
- Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador* (2004): 7 septiembre 2004, serie C N° 114. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf), fecha de consulta: 17 agosto 2019.

- Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú* (2004): 18 noviembre 2004, serie C N° 115. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_115\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005): 11 marzo 2005, serie C N° 123. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_123\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_ing.pdf), fecha de consulta: 13 enero 2019.
- Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala* (2005): 20 junio 2005, serie C N° 126. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_126\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005): 24 junio 2005, serie C N° 129. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (2005): 15 septiembre 2005, serie C N° 133. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_133\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras* (2006): 1 febrero 2006, serie C N° 141. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_ing.pdf), fecha de consulta: 10 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006): 4 julio 2006, serie C N° 149. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (2006): 5 julio 2006, serie C N° 150. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_150\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006): 25 noviembre 2006, serie C N° 160. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú* (2006): 29 noviembre 2006, serie C N° 162. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez Vs. Ecuador* (2007): 21 noviembre 2007, serie C N° 170. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Yvon Neptune vs. Haití* (2008): 6 mayo 2008, serie C N° 180. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina* (2008): 30 octubre 2008, serie C N° 187. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Álvarez e Ñíñez vs. Ecuador* (2008): 26 noviembre 2008, serie C N° 189. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec\\_189\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Articulos/seriec_189_esp.pdf), fecha de consulta: 22 junio 2018.

- Corte IDH, *Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México* (2009): 16 noviembre 2009, serie C N° 205. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (2010): 23 noviembre 2010, serie C N° 218. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011): 24 febrero 2011, serie C N° 221. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Lysias Fleury vs. Haití* (2011): 23 de noviembre de 2011, serie C N° 236. Disponible en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_236\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf), fecha consulta: 26 marzo 2012.
- Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012): 27 abril 2012, serie C N° 242. Disponible en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012): 24 octubre 2012, serie C N° 251. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012): 25 octubre 2012, serie C N° 252. Disponible en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_252\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012): 30 noviembre 2012, serie C N° 259. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_259\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (2013): 25 noviembre 2013, serie C N° 272. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú* (2013): 27 noviembre 2013, serie C N° 275. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. (2014): 29 mayo 2014, serie C N° 279. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014* (2014): 19 agosto 2014, serie A N° 21. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758>, fecha de consulta: 22 mayo 2018.
- Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014): 28 agosto 2014, serie C N° 282. Disponible en



- [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte IDH, *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala* (2016): 29 febrero 2016, serie C N° 312. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_312\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte Internacional de Justicia, *Caso LaGrand* (2001): 27 junio 2001. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Corte Suprema, *Contra Poblete* (1998): 9 septiembre 1998, rol N° 469-98. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Jara* (2002): 29 enero 2002, rol N° 67-02. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Contra Molco* (2006): 13 diciembre 2006, rol N° 559-04. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Contra Zapata y otros* (2006): 14 julio 2006, rol N° 3452-2006. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2017.
- Corte Suprema, *Contra Albornoz* (2007): 18 abril 2007, rol N° 4183-06. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2017.
- Corte Suprema, *Contra Pinto* (2007): 13 marzo 2007, rol N° 3125-04. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Planella con Zubia* (2009): 26 octubre 2009, rol N° 12406-2018. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Serra* (2010): 8 junio 2010, rol N° 3867-2010. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Compañía Eléctrica de Litoral S.A. con SEC* (2010): 20 octubre 2010, rol N° 5228-2010. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Contra Serrano* (2010): 11 noviembre 2010, rol N° 8407-10. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Frontel S. A. con SEC* (2010): 28 enero 2010, rol N° 7502-2009. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Frontel S. A. con SEC* (2010): 28 enero 2010, rol N° 7502-2009. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

- Corte Suprema, *Luzlinares S.A. con SEC* (2010): 16 septiembre 2010, rol N° 4923-2010. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Luzparral S.A. con SEC* (2010): 15 septiembre 2010, rol N° 4922-2010. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Sistema Transmisión del Sur S.A. con SEC* (2010): 28 enero 2010, rol N° 7284-09. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Andes Caicedo con Intendencia de la Región de Coquimbo* (2011): 15 septiembre 2011, rol N° 8759-2011. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Belalcazar con Intendencia de la Región de Coquimbo* (2011): 31 agosto 2011, rol N° 8064-2011. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Carvajal con Ministerio del Interior* (2011): 14 febrero 2011, rol N° 981-2011. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Comercial Distrihogar Limitada con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Poniente* (2011): 11 agosto 2011, rol N° 160-2011. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Figueroa con Isapre Banmédica S.A* (2011): 23 junio 2011, rol N° 6379-2011. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Marvin y otros con Policía de Investigaciones* (2011): 21 marzo 2011, rol 866-2011. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Storch con Dirección General de Aguas* (2011): 11 mayo 2011, rol N° 256-2009. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Carbajal y otros con Policía de Investigaciones* (2012): 14 septiembre 2012, rol N° 7018-2012. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caicedo con Departamento de Extranjería* (2013): 29 abril 2013, rol N° 2702-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

- Corte Suprema, *Loyola con Ministerio del Interior* (2013): 9 enero 2013, rol N° 66-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Ladrón de Guevara Calderón con Policía de Investigaciones* (2012): 3 diciembre 2012, rol N° 8518-2012. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Arcilla con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2013): 27 mayo 2013, rol N° 3436-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Candelo con Policía de Investigaciones* (2013): 1 abril 2013, rol N° 1802-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Bravo* (2013): 4 noviembre 2013, rol N° 10769-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Bazan Cruz con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2013): 9 septiembre 2013, rol N° 6649-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Solís con Intendencia Regional de Tarapacá* (2013): 3 septiembre 2013, rol N° 6366-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Tamayo con Departamento de Extranjería y Migración* (2013): 18 abril 2013, rol N° 2174-13. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Cortés con Policía de Investigaciones* (2013): 25 enero 2013, rol N° 9031-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Espinola con Policía de Investigaciones* (2013): 30 enero 2013, rol N° 9075-2012. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Guevara con Policía de Investigaciones* (2013): 18 marzo 2013, rol N° 1413-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Huancas con Ministerio del Interior y otros* (2013): 16 mayo 2013, rol N° 3057-13. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Leiva con Policía de Investigaciones* (2013): 23 enero 2013, rol N° 400-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

- Corte Suprema, *Nelson con Policía de Investigaciones* (2013): 24 abril 2013, rol N° 2171-13. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Marín y otros con Policía de Investigaciones* (2013): 25 marzo 2013, rol N° 1651-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Velásquez con Jefe de Prefectura policía internacional Aeropuerto de Santiago* (2013): 04 junio 2013, rol N° 3563-13. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Trigo con Policía de Investigaciones de Chile* (2013): 24 septiembre 2013, rol N° 7407-2013. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Adames con Intendencia Región Metropolitana* (2014): 2 febrero 2014, rol N° 4156-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Jing Li con Policía de Investigaciones* (2014): 14 mayo 2014, rol N° 9462-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Muñoz con Intendencia de la Región de Tarapacá* (2014): 29 abril 2014, rol N° 9081-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Olaechea con Jefatura de Extranjería, Policía Internacional de Investigaciones de Chile* (2014): 20 mayo 2014, rol N° 10836-14. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Parada y otros con Policía de Investigaciones de Chile* (2014): 20 noviembre 2014, rol N° 29344-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Rojas con Policía de Investigaciones* (2014): 30 septiembre 2014, rol N° 24188-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Schaffrik Bruckmann con Policía de Investigaciones* (2014): 30 junio 2014, rol N° 10916-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Scheuber con Policía de Investigaciones* (2014): 10 julio 2014, rol N° 17132-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

- Corte Suprema, *Schnellenkamp con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014): 30 junio 2014, rol N° 11000-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Tobar con Policía de Investigaciones* (2014): 13 marzo 2014, rol N° 4725-2014. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Angulo con Intendencia Regional de los Lagos* (2015): 22 julio 2015, rol N° 9051-2015. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Díaz con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015): 23 marzo 2015, rol N° 3694-2015. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Jauregui con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015): 24 abril 2015, rol N° 5276-15. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Delgado con Policía de Investigaciones* (2015): 28 abril 2015, rol N° 5229-2015. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Huerta con Ministerio del Interior* (2015): 19 febrero 2015, rol N° 2309-15. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Lino con Policía de Investigaciones de Chile* (2015): 23 abril 2015, rol N° 5163-15. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Salcedo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2015): 23 marzo 2015, rol N° 3695-2015. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Torres con Intendencia Regional de Antofagasta* (2015): 12 septiembre 2015, rol N° 12.356-15. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Álvarez con Ministerio del Interior* (2016): 01 enero 2016, rol N° 190-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Marchela* (2016): 15 marzo 2016, rol N° 1727-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Parra y otros con Departamento de Extranjería y Migración* (2016): 2 febrero 2016, rol N° 6414-2016. Disponible en

- <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Lorenzo con Intendencia Regional de Santiago* (2016): 15 marzo 2016, rol N° 17127-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Mamani con Departamento de Extranjería y Migración* (2016): 12 julio 2016, rol N° 38337-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Ramos con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2016): 3 enero 2016, rol N° 100724-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Rengifo con Intendencia Metropolitana de Santiago* (2016): 29 septiembre 2016, rol N° 67452-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Tello con Intendencia de la Región Metropolitana* (2016): 4 abril 2016, rol n° 19464-2016. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Monedero* (2017): 28 marzo 2017, rol N° 9317-2017. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Caso Silva* (2017): 13 marzo 2017, rol N° 8080-2017. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *González con Intendencia Regional del Maule* (2017): 21 marzo 2017, rol N° 8397-17. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Jaramillo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017): 18 abril 2017, rol n° 12208-2017. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Morales con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2017): 22 junio 2017, rol n° 30361-2017. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Mosquera con Ministerio del Interior* (2017): 11 julio 2017, rol N° 40744-2017. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Pujols con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2017): 10 abril 2017, rol N° 11650-2016. Disponible en

- <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Riascos con Intendencia Regional de Los Lagos* (2017): 7 marzo 2017, rol N° 7007-2017. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Díaz con Gobernación Provincial de Iquique* (2018): 27 marzo 2018, rol N° 4555-2018. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Pérez con Intendencia de la Región Metropolitana* (2018): 01 marzo 2018, rol N° 3491-2018. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Soto con Policía de Investigaciones de Chile* (2018): 19 febrero 2018, rol N° 2855-2018. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Corte Suprema, *Widmyer y Makerly Dee con Departamento de Extranjería y Policía de Investigaciones de Chile* (2018): 14 marzo 2018, rol N° 4113-2018. Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Council of State (Francia), *Caso M. Ghevondyan* (2012): 4 junio 2012, N° 356505. Disponible en [http://expat-elan.fr/images/10-textes-de-lois/jurisprudences/conseil-detat/ce\\_2012/ce\\_2012-06-04\\_no356505.pdf](http://expat-elan.fr/images/10-textes-de-lois/jurisprudences/conseil-detat/ce_2012/ce_2012-06-04_no356505.pdf), fecha de consulta: 25 marzo 2018.
- High Court (Australia), *Caso Re Woolley (Manager of the Baxter Immigration Detention Centre); Ex parte Applicants M276/2003 by their next friend GS* (2004): 7 octubre 2004, [2004] HCA 49. Disponible en [http://www.refworld.org/cases,AUS\\_HC,416bcc974.html](http://www.refworld.org/cases,AUS_HC,416bcc974.html), fecha de consulta: 22 marzo 2018.
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Caso Zadvydas v. Davis* (2001): 28 junio 2001, 533 US 678. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/678/>, fecha de consulta: 24 septiembre 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Stork* (1959): 4 febrero 1959, C-1/58. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61958CJ0001>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Nold* (1959): 25 marzo 1959, C-18-57. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0004>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Van Gend & Loos* (1963): 5 febrero 1963, C-26/62. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Stauder* (1969): 12 noviembre 1969, C-29/69. Disponible en [https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/fafa8ce7-544b-47c0-9cfc-cb142a4c9424/publishable\\_en.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/fafa8ce7-544b-47c0-9cfc-cb142a4c9424/publishable_en.pdf), fecha de consulta: 22 junio 2019.

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Internationale Handelsgesellschaft* (1970): 17 diciembre 1970, C-11/70. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Hauer* (1979): 13 diciembre 1979, C-44/79. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0044>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso National Panasonic* (1980): 26 junio 1980, C-136/79. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=136/79&td=ALL>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Casati* (1981): 11 noviembre 1981, C-203/80. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-203/80>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Johnston* (1986): 15 mayo 1986, C-222/84. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-222/84&td=ALL>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Comisión* (1989): 18 mayo 1989, C-249/86. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5eda5e223244a41ad92bdb07edca15649.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oc3mLe0?text=&docid=94982&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=382546>, fecha de consulta: 25 marzo 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Gmurzynska- Bscher* (1990): de 8 de noviembre de 1990, C-231/89. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en,T,F&num=231/89>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso ERT* (1991): 18 junio 1991, C-260/89. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-260/89>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1996): 28 marzo 1996, dictamen 2/94. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3645916a-61ba-4ad5-84e1-57767433f326.0008.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3645916a-61ba-4ad5-84e1-57767433f326.0008.02/DOC_2&format=PDF), fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Annibaldi* (1997): 18 diciembre 1997, C-309/96. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43564&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Baustahlgewebe* (1998): 17 diciembre 1998, C-185/95. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-185/95>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Comision/Austria* (2001): 27 noviembre 2001, C-24/99. Disponible en



- <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-24/99&jur=C>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso PreussenElektra AG* (2001): 13 marzo 2001, C-379/98. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-379/98>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Carpenter* (2002): 11 julio 2002, C-60/00. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-60/00>, fecha de consulta: 25 marzo 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso unión de pequeños agricultores/consejo* (2002): 25 julio 2002, C-50/00. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-50/00>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Acereda Herrera* (2006): 15 junio 2006, C-466/04. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=FA3ADA6103045F6E245C3C6DEB5ACB41?text=&docid=65042&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&oc=first&part=1&cid=1864491>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Cipolla y otros* (2006): 5 diciembre 2006, C-94/04 y C-202/04. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-94/04&language=en>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Dokter y otros* (2006): 15 junio 2006, C-28/05. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-28/05>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Eribrand* (2003): 19 junio 2003, C-467/01. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-467/01>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* (2003): 12 junio 2003, C-112/00. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-112/00>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Eurofood IFSC* (2006): 2 mayo 2006, C-341/04. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-341/04>, fecha de consulta: 22 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo y Comisión* (2008): 3 septiembre 2008, C-402/05 P y C-415/05 P. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0402>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Caso Sopropé* (2008): 18 diciembre 2008, C-349/07. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-349/07>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Kadzoev* (2009): 30 noviembre 2009, C-357/09. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-329/11>, fecha

- de consulta: 21 marzo 2019. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Achughbadian* (2011): 6 diciembre 2011, C-329/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-329/11>, fecha de consulta: 26 agosto 2019.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Dereci y otros* (2011): 15 noviembre 2011, C-256/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=c-256/11TJUE>, *Caso El Dridi* (2011): 28 abril 2011, C-61/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-61/11>, fecha de consulta: 15 agosto 2019.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Gaydarov* (2011): 17 noviembre 2011, C-430/10. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-430/10>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Solvay* (2011): 25 octubre 2011, C-110/10 P. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-616/10&language=EN>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Caves Krier Frères Sàrl* (2012): 13 diciembre 2012, C-379/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-379/11&language=ES>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Comisión Europea* (2012): 6 septiembre 2012, C-150/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-150/11&language=ES>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso M. M.* (2012): 22 noviembre 2012, C-277/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-277/11&language=EN>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala, Merja Ritala* (2012): 21 junio 2012, C-84/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-84/11&language=ES>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso O. y S.* (2012): 6 diciembre 2012, C-356/11 y C-357/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-356/11&language=EN>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Sagor* (2012): 6 diciembre 2012, C-430/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-430/11>, fecha de consulta: 25 marzo 2019.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Y y Z* (2012): 5 septiembre 2012, C-71/11 y C-99/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-71/11>, fecha de consulta: 25 marzo 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Åkerberg Fransson* (2013): 26 febrero 2013, C-617/10. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-617/10> fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Filev y. Osmani* (2013): 19 septiembre 2013, C-297/12. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-297/12&language=EN>, fecha de consulta: 18 julio 2019.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso M. G., N. R.* (2013): 10 septiembre 2013, C-383/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=140451&mode=req&pageI>

- ndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=5689343, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Mehmet* (2013): 30 mayo 2013, C-534/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-534/11&language=ES>, fecha de consulta: 25 marzo 2019.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso A* (2014): 2 diciembre 2014, C-148/13, C-149/13, C-150/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-148/13&language=en>, fecha de consulta: 25 marzo 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Casos Adala Bero, Regierungspräsidium Kassel y Ettayebi Bouzalmate, Kreisverwaltung Kleve* (2014): 17 julio 2014, C-473/13 y C-514/13 (acumulados). Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-473/13>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Abdida* (2014): 18 diciembre 2014, C/562/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&T,F&num=c-562/13>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Avis 2/13 - Adhésion de l'Union à la CEDH* (2014): 18 diciembre 2014, C-2/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/13>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Khaled Boudjlida* (2014): 11 diciembre 2014, C-249/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-249/13>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Mahdi* (2014): 5 junio 2014, C-146/14. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-146/14>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Mukarubega* (2014): 5 noviembre 2014, C-166/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-166/13>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Pfleger y otros* (2014): 30 abril 2014, C-390/12. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-390/12>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik* (2014): 17 julio 2014, C/474/13, Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-474/13>, fecha de consulta: 20 septiembre 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Abdoulaye Amadou Tall* (2015): 17 diciembre 2015, C-239/14. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-239/14>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Celaj* (2015): 1 octubre 2015, C-290/14. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-290/14>, fecha de consulta: 16 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Z. Zh.* (2015): 11 junio 2015, C-554/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-554/13>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018. Tribunal de Justicia de la Unión

- Europea, *Caso Zaizoune* (2015): 23 abril 2015, C-38/14. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-38/14>, fecha de consulta: 25 marzo 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Affum* (2016): 7 junio 2016, C-47/15. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-47/15>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Chávez-Vélchez y otros* (2017): 10 mayo 2017, C-133/15. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-133/15>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso X* (2017): 7 marzo 2017, C-638/16. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=uriserv%3A0J.C\\_.2017.144.01.0013.01.SPA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=uriserv%3A0J.C_.2017.144.01.0013.01.SPA), fecha de consulta: 14 junio 2019.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso K.A. y otros* (2018): 8 mayo 2018, C- 82/16. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-82/16>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Sadikou Gnandi* (2018): 19 junio 2018, C-181/16. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-181/16>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018. Los hechos fueron los siguientes.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica las Leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras Materias que Indica* (1994): 7 marzo 1994, rol N° 184-94. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema y modificaciones a los recursos de queja y de casación* (1995): 01 febrero 1995, rol N° 205-95. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998* (2002): 8 abril 2002, rol N° 346-2002. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos* (2003): 28 octubre 2003, rol N° 389-03. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inconstitucionalidad, presentado por un grupo de Diputados, respecto de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1° de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad* (2007): 11 enero 2007, rol N° 591-06. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Matías Mundaca Campos, respecto del artículo 37 de la Ley N° 20.000*

- en la causa Rit 4797-06, Ruc 0600554666-2 del Juzgado de Garantía de Arica (2007): 29 mayo 2007, rol N° 621-06. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Matías Mundaca Campos, respecto del artículo 37 de la Ley N° 20.000 en la causa Rit 4797-06, Ruc 0600554666-2 del Juzgado de Garantía de Arica (2007): 29 mayo 2007, rol N° 621-06. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch respecto del inciso tercero del artículo 551; inciso segundo del artículo 539; inciso segundo del artículo 541; inciso segundo del artículo 539; artículos 536, 537 y 542; número 4° del artículo 544; artículos 557 y 558, todos del Código Orgánico de Tribunales, en la causa Antecedentes de Pleno Rol N° 1920-2006 ad, seguida ante el Ministro en Visita don Juan Escobar Zepeda (2007): 31 julio 2007, rol N° 747-07. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Proyecto de Ley que modifica el Código Penal y el Código de Procesal Penal en materias de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las Policías. (Boletín N° 4321-07) (2008): 29 enero 2008, rol N° 1001-07. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sergio Toloza Rodríguez y el Presidente del Colegio de Abogados de Chile respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en los autos sobre apelación de protección, caratulados “Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 6626-2006 (2008): 31 marzo 2008, rol N° 755-07. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A. (2008): 26 junio 2008, rol N° 976-08. Disponible en <https://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-58941719>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 2015-2005, seguida ante el Juzgado de Garantía de Talcahuano, por cuasidelito de homicidio (2008): 07 octubre 2008, rol N° 1130-08. Disponible en <https://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-58941719>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.*
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Banco de Crédito e Inversiones S. A. respecto del artículo 12, inciso final, del Código del Trabajo, en la causa Rol N° 2556-2008, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, caratulada Banco BCI con Inspección Provincial del Trabajo de Coquimbo (2009): 28 abril 2009, rol N° 1252-08. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.*

- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 - introducido por la Ley N° 20.015-*, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud (2009): 7 julio 2009, rol N° 1218-08. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Proyecto que modifica la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional* (2009): 25 agosto 2009, rol N° 1288-2009. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich, respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, en rol N° 7952-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2009): 08 septiembre 2009, rol N° 1287-08. Disponible en <https://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-58941719>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 474 inciso 3° del Código del Trabajo, Juzgado de Letras de Rengo, causa caratulada “Molino Caupolicán con Inspección Comunal del Trabajo de Rengo”, rol 11.053* (2009): 27 octubre 2009, rol N° 1470-09. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro, respecto de los artículos 364, 372,373,374,375,376,377,378,379,380,381,382,383,385,386 y 387 del Código Procesal Penal, en rit 22 – 2009 y ruc 0800077921 – 1 del Tribunal Oral en lo Penal de los Andes* (2010): 5 agosto 2010, rol N° 1432-09. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933* (2010): 06 agosto 2010, rol N° 1710-2010. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Francisco Choque Siguyayro y otro, respecto de los artículos 364,372,373,374,375,376,377,378,379,380,381,382,383,384,385.386 y 387 del Código Procesal Penal y artículos 1,3,22 y 25 de la Ley 20.000, en causa RIT 177 – 2009 del Tribunal Oral en lo Penal de Arica* (2011): 26 agosto 2010, rol N° 1443-2009. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria de Coquimbo, respecto del artículo 31° inciso final del DFL N° 1 del >Ministerio de Economía fomento y Reconstrucción, y del Decreto Ley N° 211, de 1973, en rol de ingreso N° 3733 – 2009 de la Corte Suprema* (2010): 7 septiembre 2010, rol N° 1448-09. Disponible en

<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 11 noviembre 2018.

- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Antonio Alfonso Ramos Vera, respecto del artículo 1° de la Ley 19.989, en rol 7297 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2010): 07 septiembre 2010, rol N° 1411-09. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2010): 21 octubre 2010, rol N° 1518-2009. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago* (2011): 07 julio 2011, rol N° 1838-2010. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>, fecha de consulta: 12 enero 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por COMINOR Ingeniería y Proyectos S.A. respecto del “inciso primero del artículo 70 del Código de Minería y en el inciso segundo del artículo segundo de la Ley N° 19.573, de 25 de julio de 1998”, en los autos caratulados “Beseler Valdivia, Jorge con Cominor Ingeniería y Proyectos S.A.”, sobre recurso de casación en el fondo, del que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 4384-2011* (2012): 14 junio 2012, rol N° 2053-11. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la ciudadana haitiana Sonia Fortilus, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección Rol N° 6118-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en actual apelación para ante la Corte Suprema* (2012): 27 junio 2012, rol N° 2257-12. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012* (2012): 18 octubre 2012, rol N° 2273-12. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>, fecha de consulta: 22 junio 2018.
- Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que “modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la*

*investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones”, contenido en el Boletín N° 8091-21 (2013): 23 enero 2013, roles acumulados N°s 2387-2012 y 2388-2012. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente?rol=2387wsdefrtg>, fecha de consulta: 12 enero 2018.*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* (1968): 23 julio 1968, N° 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962. Disponible en [https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh\\_caso\\_lingc3bcc3adstico\\_belga.pdf](https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh_caso_lingc3bcc3adstico_belga.pdf), fecha de consulta, 13 agosto 2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica* (1972): 10 marzo 1972, N° 2832/66; 2835/66; 2899/66. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57605>, fecha de consulta: 18 abril 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Golder contra Reino Unido* (1975): 21 febrero 1975, N° 4451/70. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57496%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57496%22]), fecha de consulta: 21 septiembre 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Engel contra Países Bajos* (1976): 8 junio 1976, N° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57479%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57479%22]), fecha de consulta: 30 octubre 2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Irlanda contra Reino Unido* (1978): 18 enero 1978, N° 5310/71. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57506%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57506%22]), fecha de consulta: 18 febrero 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Marchx contra Bélgica* (1979): 13 junio 1979, N° 6833/74. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57534%22]), fecha de consulta: 14 mayo 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Airey contra Irlanda* (1979): 9 septiembre 1979, N° 6289/73. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57420%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57420%22]), fecha de consulta: 13 febrero 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Winterwerp contra Países Bajos* (1979): 24 octubre 1979, N° 6301/73. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57597%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57597%22]), fecha de consulta: 19 marzo 2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Campbell y Cosans contra Reino Unido* (1982): 25 febrero 1982, N° 511/76 y 7743/76. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57455%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57455%22]), fecha de consulta: 12 abril 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Caso Campbell y Fell contra Reino Unido* (1984): 28 junio 1984, N° 7819/77; 7878/77. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57456%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57456%22]), fecha de consulta: 21 septiembre 2019.



- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso X e Y contra Países bajos* (1985): 26 marzo 1985, N° 8978/80. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57603%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57603%22]}), fecha de consulta: 12 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Weeks contra Reino Unido* (1987): 2 marzo 1987, N° 9787/82. Disponible en [https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2019/03/Weeks\\_v\\_UK-App\\_no\\_9787\\_82\\_1987.pdf](https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2019/03/Weeks_v_UK-App_no_9787_82_1987.pdf), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Erkner y Hofauer c. Austria* (1987): 23 abril 1987, N° 9616/81. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57483&filename=001-57483.pdf>, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Dalia contra Francia* (1988): 19 febrero 1988, aplicación N° 26102/95. Disponible en <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-aa-v-france-application-no-1803911-15-april-2015>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Bouamar contra Belgica* (1988): 29 febrero 1988, aplicación N° 9106/80. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/f98db2/pdf/>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Nielsen contra Dinamarca* (1988): 20 noviembre 1988, N° 10929/84. Disponible en <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1988/23.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Soering vs. Reino unido* (1989): 7 julio 1989, N° 14038/88. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57619%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57619%22]}), fecha de consulta: 16 marzo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Borgers contra Belgica* (1991): 30 octubre 1991, N° 12005/86. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57720&filename=001-57720.pdf>, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kemmache contra Francia* (1991): 27 noviembre 1991, N° 12325/86 y N° 14992/89. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57702&filename=001-57702.pdf>, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Herczegfalvy vs. Austria* (1992): 24 septiembre 1992, N° 10533/83. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57781%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57781%22]}), fecha de consulta: 14 enero 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Quinn contra Francia* (1995): 22 marzo 1995, aplicación N° 18580/91. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-57921?TID=cuovtwnqfw>, fecha de consulta: 25 marzo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mccann contra Reino Unido* (1995): 27 septiembre 1995, N° 18984/91. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57943%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57943%22]}), fecha de consulta: 13 febrero 2019.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Phocas contra Francia* (1996): 23 abril 1996, N° 17869/91. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57981&filename=001-57981.pdf&TID=ihgdqbxnfi>, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Amuur contra Francia* (1996): 25 junio 1996, aplicación N° 19776/92. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57988>, fecha de consulta: 20 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Gaygusuz contra Austria* (1996): 16 septiembre 1996, N° 17371/90. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6f12c.html>, fecha de consulta: 13 enero 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Chahal contra Reino Unido* (1996): 15 noviembre 1996, N° 22414/93. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58004%22%5D%7D>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Lukanov contra Bulgaria* (1997): 20 marzo 1997, N° 21915/93. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/023154/pdf>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Garyfallou A.E.B.E. contra Grecia* (1997): 27 septiembre 1997, N° 18996/91. Disponible en <http://echr.ketse.com/doc/18996.91-en-19970924/>, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso L.C.B. contra Reino Unido* (1998): 9 junio 1998, N° 45305/99. Disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13642989808406776?needAccess=true&journalCode=fjhr20>, fecha de consulta: 13 febrero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Bronda contra Italia* (1998): 9 junio 1998, N° 40/1997/824/1030. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,583fefd07.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Valenzuela Contreras contra España* (1998): 30 julio 1998, N° 58/1997/842/1048. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58208&filename=001-58208.pdf>, fecha de consulta: 14 mayo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Aerts contra Bélgica* (1998): 30 julio 1998, aplicación N° 25357/94. Disponible en <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/aerts-v-belgium/>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ali contra Suiza* (1998): 5 agosto 1998, aplicación N° (69/1997/853/1060). Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6f214.html>, fecha de consulta: 25 marzo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Osman contra Reino Unido* (1998): 28 octubre 1998, N° 23452/94. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58257%22%5D%7D>, fecha de consulta: 13 enero 2019.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso T. I. contra Reino Unido* (2000): 7 marzo 2000, aplicación N° 43844/98. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-ti-v-united-kingdom-application-no-4384498-decision-admissibility-7-march-2000>, fecha de consulta 17 mayo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Baranowski contra Polonia* (2000): 28 marzo 2000, N° 28358/95. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/30bd1a/pdf/>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ciliz contra Países Bajos* (2000): 11 julio 2000, N° 29192/95. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fd1f.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Scozzari y Giunta contra Italia* (2000): 13 julio 2000, N° 39221/98 y N° 41963/98. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58752%22%5D%7D>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Caloc contra Francia* (2000): 20 julio 2000, N° 33951/96. Disponible en <http://echr.ketse.com/doc/33951.96-en-20000720/view/>, fecha de consulta: 20 junio 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kudla contra Polonia* (2000): 26 octubre 2000, N° 30210/96. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58920%22%5D%7D>, fecha de consulta: 27 octubre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kwakye-Nti y Akua Dufie contra Países Bajos* (2000): 7 de noviembre de 2000, N° 31519/96. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-31668%22%5D%7D>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Rinzivillo contra Italia* (2000): 21 diciembre 2000, N° 31543/96. Disponible en <https://rm.coe.int/16804c8d78>, fecha de consulta: 14 mayo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ezzoudhi contra Francia* (2001): 13 febrero 2001, N° 47160/99. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,58c164fe4.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Keenan contra Reino Unido* (2001): 4 marzo 2001, N° 27229/95. Disponible en <https://www.escri-net.org/caselaw/2013/case-keen-an-v-united-kingdom-application-no-2722995>, fecha de consulta: 12 febrero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Dougoz contra Rusia* (2001): 06 junio 2001, N° 40907/98. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3deb8d884.html>, fecha: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Manzini contra Italia* (2001): 2 agosto 2001, N° 44955/98. Disponible en <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/44955-98-vittorio-and-luigi-mancini-v-wlochy-rezolucja-521919977>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso P.G. contra Reino Unido* (2001): 25 septiembre 2001, N° 44787/98. Disponible en

- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59665%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59665%22]}), fecha de consulta: 23 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Sommerfeld contra Alemania* (2001): 11 octubre 2001, N° 31871/96. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61195%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61195%22]}), fecha de consulta: 14 mayo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Indelicato contra Italia* (2001): 18 octubre 2001, N° 31143/96. Disponible en <http://echr.ketse.com/doc/31143.96-en-19970915/>, fecha de consulta: 4 julio 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Al-Ádsani contra Reino Unido* (2001): 21 noviembre 2001, N° 35763/97. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59885%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59885%22]}), fecha de consulta: 4 julio 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Conka contra Belgica* (2002): 5 febrero 2002, N° 51564/99. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-60026%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60026%22]}), fecha de consulta: 17 julio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mastromatteo contra República Italiana* (2002): 24 octubre 2002, N° 37703/97. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-9978&filename=002-9978.pdf&TID=thkbhnilzk>, fecha de consulta: 12 enero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Koua Poirrez contra Francia* (2002): 30 diciembre 2002, N° 40892/98. Disponible en [https://www.legislationline.org/download/id/7076/file/ECHR\\_Case%20of%20Koua%20Poirrez%20v.%20France\\_2003\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/7076/file/ECHR_Case%20of%20Koua%20Poirrez%20v.%20France_2003_en.pdf), fecha de consulta: 3 enero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ocalan contra Turquía* (2003): 12 marzo 2003, N° 46221/99. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-69022%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-69022%22]}), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Güneç contra Turquía* (2003): 19 junio 2003, N° 27396/06. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/0595c6/pdf/>, fecha de consulta: 12 febrero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Slivenko contra Letonia* (2003): 9 octubre 2003, N° 48321/99. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61334%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61334%22]}), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Shamsa contra Polonia* (2003): 27 noviembre 2003, N° 45355/99. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,402b584e4.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso M.B. contra Polonia* (2004): 27 abril 2004, N° 34091/96. Disponible en <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/34091-96-m-b-v-polska-wyrok-europejskiego-trybunalu-520218287>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Altun contra Turquía* (2004): 1 junio 2004, N° 25119/11. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-178142%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-178142%22]}), fecha de consulta: 19 marzo 2018.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Frommelt contra Liechtenstein* (2004): 24 junio 2004, N° 49158/99. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-23213&filename=001-23213.pdf&TID=ihgdqbxnfi>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Von Hannover contra Alemania* (2004): 24 Junio 2004, N° 59320/00. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61853%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61853%22]), fecha de consulta: 21 febrero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Slimani contra Francia* (2004): 27 julio 2004, N° 22070/93. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57991%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57991%22]), fecha de consulta: 13 enero 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Enhorn contra Suecia* (2005): 25 enero 2005, aplicación N° 71555/01. Disponible en <http://echr.ketse.com/doc/71555.01-en-20011016/>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Leyla Sahin contra Turquía* (2005): 10 noviembre 2005, N° 44774/98. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-70956%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70956%22]), fecha de consulta: 13 enero de 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mubilanzila Maveka y Kaniki Mitunga contra Bélgica* (2006): 12 octubre 2006, N° 13178/03. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/FRE#{%22itemid%22:\[%22001-77447%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/FRE#{%22itemid%22:[%22001-77447%22]), fecha de consulta: 17 febrero 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Wagner y JMWL contra Luxemburgo* (2007): 28 junio 2007, N° 76240/01. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=eCHR&id=002-2645&filename=002->, fecha de consulta: 14 abril 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Gebremedhin contra Francia* (2007): 26 julio 2007, N° 25389/05. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-80333%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-80333%22]), fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Riad e Idiab contra Bélgica* (2008): 24 enero 2008, N° 29787/03 y N° 29810/03. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,45d5c1942.html>, fecha de consulta: 12 marzo 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Saadi contra Reino Unido* (2008): 29 enero 2008, N° 13229/03. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-84709%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-84709%22]), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Yumak y Sadak contra Turquía* (2008): 8 julio 2008, N° 10226/03. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-87363%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-87363%22]), fecha de consulta: 13 enero de 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Nolan y K. contra Rusia* (2009): 12 mayo 2009, N° 2512/04. Disponible en

- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-91302%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-91302%22]}), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso S.D. contra Grecia* (2009): 11 junio 2009, N° 53541/07. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-2765162-3025664%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-2765162-3025664%22]}), fecha: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mikolenko contra Estonia* (2009): 8 octubre 2009, N° 10664/05. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4ce2b3392.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Daoudi contra Francia* (2009): 3 diciembre 2009, N° 19576/08. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{%22itemid%22:\[%22003-2955424-3252845%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{%22itemid%22:[%22003-2955424-3252845%22]}), fecha de consulta: 15 enero 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica* (2010): 19 enero 2010, N° 41442/07. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4bd55f202.html>, fecha de consulta: 17 febrero 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Moretti y Benedetti contra Italia* (2010): 27 abril 2010, N° 16318/07. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5852a94d7.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kurochkin contra Ucrania* (2010): 20 mayo de 2010, N° 42276/08. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-98825%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98825%22]}), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Louled Massoud contra Malta* (2010): 27 julio 2010, N° 24340/08. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-100143%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-100143%22]}), fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Abdolkhani y Karimnia contra Turquía* (2010): 27 julio 2010, N° 30471/08. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-abdolkhani-and-karimnia-v-turkey-no-3047108-22-september-2009>, fecha de consulta: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso A. A. contra Grecia* (2010): 22 octubre 2010, N° 12186/08. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-aa-v-greece-application-no-1218608-22-july-2010>, fecha de consulta: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (2011): 21 enero 2011, N° 30696/09. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-103050%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-103050%22]}), fecha de consulta: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Rahimi contra Grecia* (2011): 5 abril 2011, N° 8687/08. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4d9c3e482.html>, fecha de consulta: 4 julio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso R. U. contra Grecia* (2011): 7 junio 2011, N° 2237/08. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-ru-v-greece-application-no-223708>, fecha de consulta: 14 junio 2019.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Al Skeini vs. Reino Unido* (2011): 7 julio 2011, N° 55721/07. Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/4e2545502.pdf>, fecha consulta 21 octubre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Al Jedda vs. Reino Unido* (2011): 7 julio 2011, N° 27021/08. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105612%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kanagaratnam y otros v. Bélgica* (2011): 13 diciembre 2011, aplicación N° 15297/09. Disponible en <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2011/2420.html>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Popov contra Francia* (2012): 19 enero 2012, N° 39472/07 y N° 39474/07. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%7B%22itemid%22:%5B%22001-108710%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 4 julio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia* (2012): 23 febrero 2012, aplicación N° 27765/09. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>, fecha de consulta: 20 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Aden Ahmed contra Malta* (2013): 23 julio 2013, N° 55352/12. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-aden-ahmed-v-malta-application-no-5535212-9-december-2013>, fecha de consulta: 4 julio 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso M. A. contra Chipre* (2013): 23 julio 2013, N° 41872/10. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122889%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Suso Musa contra Malta* (2013): 23 julio 2013, N° 42337/12. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122893%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 19 marzo 2018
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Horshill contra Grecia* (2013): 1 agosto 2013, N° 70427/11. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-horshill-v-greece-application-no-7042711-1-november-2013>, fecha de consulta: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ghorbanov y otros, contra Turquía* (2013): 3 diciembre 2013 N° 28127/09. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-138584%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Asalya contra Turquía* (2014): 15 abril 2014, N° 43875/09. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-decision-asalya-v-turkey-application-no-4387509-15-april-2014>, fecha: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ismailov contra Rusia* (2014): 17 abril 2014, N° 20110/13. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-142429%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 19 marzo 2018.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Lici contra Grecia* (2014): 17 abril 2014, N° 69881/12. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-142427%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 23 abril 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso A.C. y otros contra España* (2014): 22 abril 2014, N° 6528/11. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-ac-and-others-v-spain-application-no-652811>, fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso De los Santos y De la Cruz contra Grecia* (2014): 24 abril 2014, N° 2134/12 y N° 2161/12. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-de-los-santos-and-de-la-cruz-v-greece-applications-nos-213412-and-216112>, fecha de consulta: 23 abril 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Herman y Serazadishvili contra Grecia* (2014): 24 abril 2014, N° 26418/11 et 45884/11. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,535a3c144.html>, fecha de consulta: 23 abril 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Akram Karimov contra Rusia* (2014): 28 mayo 2014, N° 62892/12. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5385cad74.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Yarashonen contra Turquía* (2014): 24 junio 2014, N° 72710/11. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,53ad75944.html>, fecha: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Shcherbina contra Rusia* (2014): 26 junio 2014, N° 41970/11. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145015%22%5D%7D>}, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kim contra Rusia* (2014): 17 julio 2014 N° 44260/13. Disponible en <https://www.refworld.org/cases,ECHR,53c7957e4.html>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Tatishvili contra Grecia* (2014): 26 junio 2014, N° 26452/11. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-tatishvili-v-greece-application-no-2645211>, fecha de consulta: 23 abril 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Rakhimov contra Rusia* (2014): 10 julio 2014, N° 50552/13. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145366&filename=001-145366.pdf>, fecha: 14 junio 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso F.H. contra Grecia* (2014): 31 julio 2014, N° 78456/11. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-%E2%80%93fh-v-greece-application-no-7845611>, fecha de consulta: 23 abril 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso M.D. contra Grecia*. (2014): 13 noviembre 2014, N° 56028/10. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-md-v-belgium-application-no-5602810-14-february-2014>, fecha de consulta: 23 abril 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mohamad contra Grecia* (2014): 11 diciembre 2014, N° 70586/11. Disponible en



- <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-%E2%80%93-mohamad-v-greece-application-no-7058611>, fecha de consulta: 19 marzo 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Steel y Morris contra Reino Unido* (2015): 15 febrero 2015, N° 68416/01. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-68224%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-68224%22]}), fecha de consulta: 21 septiembre 2019.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Sakir contra Grecia* (2016): 24 marzo 2016, N° 48475/09. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-161541%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-161541%22]}), fecha de consulta: 4 julio 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Al-Dulimi y Montana Management Inc contra Suiza* (2016): 21 junio 2016, aplicación N° 5809/08. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-138948%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-138948%22]}), fecha de consulta: 11 noviembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso A. B. and others contra Francia* (2016): 12 julio 2016, aplicación N° 11593/12. Disponible en <http://dmcprague2017.justice.cz/download/file/21>, fecha de consulta: 20 septiembre 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso J. R. y otros contra Grecia* (2018): 25 enero 2018, N° 22696/16. Disponible en <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-%E2%80%93-jr-and-others-v-greece-application-no-2269616-25-january-2018>, fecha de consulta: 4 julio 2018.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Furundzija* (1998): 10 diciembre 1998, N° IT-96-21-T. Disponible en <https://www.icty.org/case/furundzija/4>, fecha de consulta: 26 marzo 2019.
- United Kingdom House of Lords, *Caso A and others v. Secretary of State for the Home Department* (2004): 16 diciembre 2004, [2004] UKHL 56. Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.pdf>, fecha de consulta: 23 febrero 2017.