



DOCUMENTO DE TRABAJO N° 2

Defensa penal de migrantes y extranjeros

**LA SITUACIÓN DE EXTRANJEROS OBJETO DE MEDIDAS DE EXPULSIÓN Y
SOMETIDOS AL RÉGIMEN DE "INTERNACIÓN". ¿ES CONSTITUCIONAL Y
ACORDE A LOS DERECHOS HUMANOS?**

Profesores: Gonzalo Aguilar Cavallo y María Ignacia Sandoval

ABRIL 2021

**Unidad de Defensa Penal Especializada
Departamento de Estudios y Proyectos
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

Consultas sobre este documento:

udpe@dpp.cl

Informe en Derecho

La situación de extranjeros objeto de medidas de expulsión y sometidos al régimen de "internación". ¿Es constitucional y acorde a los Derechos Humanos?

Gonzalo Aguilar Cavallo
María Ignacia Sandoval
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Universidad de Talca

Introducción

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 18.216 (que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad), la expulsión del extranjero condenado es una pena sustitutiva de las penas privativas o restrictivas de libertad que allí se indican. El artículo 1° reza como sigue:

“Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

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

Por su parte, el artículo 34 se encuentra inserto en el párrafo 3° titulado “De la regla especial aplicable a los extranjeros”. El artículo 34 señala lo siguiente:

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

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

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

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

El objetivo general de este informe es determinar la compatibilidad de la medida de internación contemplada en el artículo 34 de la Ley 18.216 respecto de los extranjeros a que allí se hace referencia, en aquellos casos en que se les ha aplicado como medida de sustitución de la pena a la que han sido condenados, la expulsión del territorio nacional. Igualmente, este informe tiene por objetivo establecer los instrumentos jurídicos de derechos humanos aplicables a la situación del condenado extranjero que podría quedar sujeto a la medida de expulsión con internación, como asimismo examinar los principios de interpretación más relevantes en estos casos.

Consecuentemente, las principales preguntas que orientarán este análisis son las siguientes: ¿Es compatible el régimen de internación previsto en el artículo 34 de la ley 18.216 con los estándares de Derechos Humanos? ¿Cuáles son los instrumentos jurídicos de derechos humanos más relevantes aplicables a la figura del extranjero condenado y expulsado, y al régimen de internación? ¿Cuáles son los principios y normas de derechos humanos aplicables a la hipótesis del artículo 34 de la Ley 18.216? ¿Cuáles son los principales principios de interpretación en derecho humanos aplicables a la situación prevista en esta disposición?

Para responder a las preguntas planteadas, este informe se divide en cuatro grandes partes. La primera consiste en desarrollar el concepto de extranjero que no reside legalmente en Chile, el alcance del concepto de expulsión y los estándares internacionales en materia de derechos humanos aplicables a casos de expulsión e internación de extranjeros. La segunda apunta a examinar el enfoque de derechos aplicable a los extranjeros expulsados como grupo especialmente vulnerable. La tercera parte analizará los estándares internacionales –universales y regionales– aplicables a este grupo vulnerable y a la situación de expulsión e internación. La cuarta está enfocada en el tratamiento legislativo de la figura de la internación, para ello se describe el origen legislativo de la internación en la Ley 18.216, y también se mencionan otras normas legales que regulan esta figura de una manera más acabada. La quinta parte realiza un análisis estadístico y jurisprudencial de la

aplicación de la medida de internación. La sexta examina las razones de la inconstitucionalidad de la medida de internación a la luz del principio de ponderación.

Por último, se indica cómo debería aplicarse e interpretarse la norma en estudio por los operadores jurídicos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, haciendo efectivo el deber de realizar un control de convencionalidad. Para ello, se enunciarán y desarrollarán algunos estándares respecto a personas privadas de libertad y en especial, los parámetros normativos respecto de las personas extranjeras, a los que debe recurrir el juez para aplicar el artículo 34 de la Ley 18.126.

Al final, se ofrecen algunas conclusiones en que sostendremos que la internación no es conforme a los derechos fundamentales y que el juez, al verse enfrentado a la decisión de aplicar la medida de internación, debe realizar previamente un control de convencionalidad e interpretar el marco jurídico aplicable conforme a la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

1. El extranjero que no reside legalmente en el territorio nacional y la expulsión

En esta primera parte pretendemos abordar la siguiente pregunta: ¿Quién es un extranjero que no reside legalmente en el país y cuál sería el concepto de expulsión?

1.1. Concepto de extranjero y migrante

La legislación nacional, cuando regula materias migratorias, hace alusión al extranjero. Dicho concepto no está definido en la ley de extranjería vigente ni su reglamento¹. Asimismo, este término, extranjero, es utilizado en la Ley N° 18.216, que establece las medidas sustitutivas a las penas privativas de libertad que se indican.

Ahora bien, para comprender qué implica dicho término recurrimos a definiciones que proveen organizaciones internacionales especializadas como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM): “Persona que no es nacional de un Estado determinado”². El actual proyecto aprobado de ley de Migración y Extranjería, dentro de su artículo 1° propone algunas definiciones, encontrándose dentro de ellas el término extranjero que lo entiende como: “Toda persona que no sea chileno de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política de la República.”³

Por otra parte, es necesario hablar de lo que se entiende por migrante. El término migrante hace alusión a un concepto genérico que contempla tanto la acepción de emigrante como inmigrante, la primera se refiere a una persona que

¹D.L. N° 1094 del año 1975 y Decreto N° 597, de 1984.

²Glosario de términos N° 10 OIM, disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

³Boletín N° 8.970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, artículo 1°.

deja un Estado para trasladarse a otro, con la finalidad de establecerse en él⁴. El segundo término implica a una persona que se traslada a un Estado con el ánimo de residir en él. En cuanto al estatus migratorio, es decir, la situación jurídica en que se encuentra el migrante respecto de las normas internas de un Estado, éste puede ser un migrante en situación regular o irregular⁵.

Como se ha dicho, la legislación migratoria vigente utiliza el vocablo extranjero para referirse a los no nacionales⁶. ¿Cuál es la relación, entonces, entre ambos términos? El extranjero comprende a toda aquella persona que no es nacional del Estado y migrante es aquél extranjero que ingresa a un Estado distinto del de origen para establecerse en él de forma permanente o temporal. Lo anterior, aparece de manifiesto en la categoría de turista quien es un extranjero sin ser migrante, ya que no posee ánimo de residencia, ni propósito de inmigración o desarrollo de actividades remuneradas.

Al tratarse de un concepto genérico, entendemos que comprende las diversas hipótesis contempladas en la legislación migratoria chilena y se condice con los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los migrantes.

Finalmente, ¿qué se debe entender por extranjero que no reside legalmente en el país? Tomando en consideración la normativa vigente, podemos sostener que es aquella persona que ha ingresado de manera irregular al país o teniendo una visa esta se encuentra vencida o fue rechazada su solicitud o revocada por la autoridad administrativa correspondiente. La revocación de una visa se puede deber por el incumplimiento de las normas de admisión al país o por la condena por crimen o simple delito.

1.2. Alcance del concepto de expulsión

Por otra parte, la expulsión es la máxima sanción que puede ser aplicada a un extranjero, contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. Se entiende por ella el *“Acto jurídico o comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado”*⁷. Podemos distinguir entre la expulsión administrativa y judicial, ambas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

La expulsión es definida en el proyecto de Ley de Extranjería y Migración, en su artículo 126 de la siguiente manera:

“La expulsión es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia.

⁴Migrante es “alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su intención y su temporalidad. También comprende a las personas apátridas migrantes y a las víctimas de la trata de personas según los definen las legislaciones nacionales y los convenios internacionales pertinentes” CIDH, Resolución 4/2019 aprobada el 7 de diciembre 2019.

⁵Gómez (2014), p. 237. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, p.4.

⁶Díaz (2016), p. 182. D.L. N° 1094 de 1975, artículo 1° y Decreto N° 597 de 1984, artículo 1°.

⁷ONU, documento A/69/10, 2014.

La medida de expulsión puede ser decretada por resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente, o por el tribunal con competencia penal, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico y, en especial, con lo dispuesto en la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.

La expulsión, por tanto, es un acto jurídico estatal adoptado por la autoridad administrativa (Ministerio del Interior) o un juez, aplicada a un extranjero, cuyo fundamento son la o las conductas contempladas en la ley.

Otro término relevante de conceptualizar es el de país receptor, que en caso de expulsión corresponderá al país de origen del extranjero o migrante o un tercer país. Se entiende, entonces por país receptor, como el “país de destino o tercer país que recibe a una persona. En el caso del retorno o repatriación, también se considera país receptor al país de origen”⁸.

2. Enfoque de derechos respecto de este grupo vulnerable

En esta parte, abordaremos la siguiente pregunta: ¿Son los extranjeros y migrantes grupos en situación de vulnerabilidad? En términos generales, se entiende por grupo vulnerable aquellos individuos que *“tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario”*⁹.

Los migrantes constituyen un grupo vulnerable debido a su fragilidad nacional y social que los coloca en un estado de falta de poder en comparación con la población no migrante. Esta situación específica de vulnerabilidad aumenta tratándose de migrantes en situación irregular, ya que se encuentran en un contexto de mayor fragilidad jurídica, lo que conlleva un deber de protección reforzado por parte del Estado¹⁰. En este sentido ante la existencia de alta vulnerabilidad por abusos de autoridades o particulares el Estado debe ser garante en el ejercicio de sus Derechos Humanos, viéndose en la necesidad de adoptar medidas positivas y concretas para cumplir con su obligación de proteger el ejercicio igualitario de los derechos¹¹.

⁸OIM, glosario de términos, 2019. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

⁹Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables (2014), pp. 13 y 15. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf

¹⁰Estupiñán-Silva (2014), pp. 212, 217 y 218. También Reyes (2014), p. 63.

¹¹Organización Internacional para las Migraciones (2010), p. 12. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Informa%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF

Asimismo, esta situación de vulnerabilidad ha sido examinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). A modo ejemplar, podemos mencionar dos opiniones consultivas referidas a migrantes en condición migratoria irregular, lo que aumenta su situación de vulnerabilidad ante la violación de sus derechos fundamentales. Se trata de la O.C. 18/03 de 17 de septiembre de 2003 y de la O.C. 21/14 de 19 de agosto 2014.¹² Ambas desarrollan ciertas garantías mínimas en el contexto de migración partiendo del principio de *ius cogens* de igualdad y no discriminación. En este contexto, el Estado receptor, tiene un deber reforzado de protección de estas personas en lo que respecta a sus derechos.

De acuerdo con lo precedentemente expuesto, aparece de manifiesto que los migrantes y, en especial, aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular, se ven expuestos a la vulneración de sus derechos, basados en uno o varios factores de discriminación (de jure o de facto), que implican una exclusión en el ejercicio de sus derechos, por lo que es deber de los Estados revertir estas situaciones de discriminación y violación de derechos, tomando en consideración las particularidades de cada caso en concreto, eliminando las discriminaciones basadas en la condición migratoria (regular e irregular) como presupuesto de ejercicio de derechos.

Lo anterior, debe considerarse dentro del proceso migratorio (entrada, concesión, ampliación, rechazo y revocación de permisos de residencia y aplicación de sanciones migratorias) respetándose de forma irrestricta los diversos derechos de los migrantes en estos procedimientos.

3. Estándares internacionales

En este apartado pretendemos responder la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los estándares a los que debe sujetarse la medida sustitutiva de expulsión?

Respecto de los derechos de los migrantes, es necesario precisar que para este informe nos enfocaremos en la libertad ambulatoria, igualdad y no discriminación y debido proceso. El objeto de estudio de este trabajo es analizar estos derechos, en el contexto de la medida de expulsión, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, para determinar si el artículo 34 de la ley N° 18.216 cumple dichos estándares. Primero se examinarán los estándares internacionales universales y, luego, los estándares internacionales regionales.

3.1. Estándares internacionales universales respecto a la expulsión de migrantes

La expulsión del país receptor es una sanción aplicada a las personas migrantes, la cual debe ser fundada, esto es, la autoridad que la decreta debe

¹² Corte IDH, OC- 18/03, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 112 y 113; Corte IDH, OC-21/14 derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, p.8; En el mismo sentido se ha pronunciado la Asamblea General de las Naciones Unidas, vid. Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000.

esgrimir fundamentos suficientes y razonados que llevan a su concreción. Además, los procedimientos de expulsión deben cumplir con las garantías mínimas que permitan asegurar el ejercicio de los derechos de las personas migrantes. Si bien no hay ninguna norma del derecho internacional que prohíba la expulsión, esta medida debe respetar los derechos fundamentales de los extranjeros o migrantes como principal limitante.

Cabe señalar que los estándares internacionales de derechos humanos provenientes, en general, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los migrantes, y, en particular, de los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, forman parte del ordenamiento constitucional por expreso mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Ahora ¿Qué dicen los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile? Por una parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) señala en su artículo 13 que el extranjero que se halle legalmente en el país solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.¹³.

El Comité de Derechos Humanos es el órgano autorizado para interpretar las normas del Pacto. Este Comité ha desarrollado el artículo 13 en su Observación General N°15. En efecto, la Observación General N° 15 indicó a este respecto lo siguiente:

“Este artículo 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. Si estos procedimientos entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de la libertad (arts. 9 y 10) [...] Los derechos establecidos en el artículo 13 solo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Ello significa que para determinar el carácter de esa protección debe tenerse en cuenta el derecho nacional relativo a las exigencias en materia de entrada y estancia y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones. No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13. Corresponde a las autoridades competentes del Estado Parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicar e interpretar el derecho interno, observando, sin embargo, las exigencias previstas en el Pacto, como la igualdad ante la ley (art. 26).

El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, publicado en Diario Oficial 29 de abril de 1989.

*solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por "razones imperiosas de seguridad nacional". En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros"*¹⁴.

Por otra parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reitera el principio anterior en el artículo 22.2.¹⁵

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es el órgano autorizado por los Estados para interpretar las normas de la Convención. En su Observación General N° 2, este Comité explicó el contenido del artículo 22 ya mencionado, en el sentido de precisar que regula el procedimiento de expulsiones, con el fin de impedir la arbitrariedad de la aplicación de la medida. En este sentido, consagra principios que ofrecen protección contra la expulsión, como la no devolución¹⁶; la prohibición de expulsiones masivas¹⁷; las garantías mínimas en la expulsión¹⁸; la protección consular¹⁹.

Además, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha examinado un Proyecto de Artículos sobre la expulsión de extranjeros. En su Informe, durante el 66° período de sesiones, se abordó la adopción final de las

¹⁴ ONU: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto 11/04/86 Observación General 15, 1986.

¹⁵ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990, publicada Diario Oficial 8 de junio de 2005.

¹⁶ Observación General N° 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 50.

¹⁷ Observación General N° 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 51.

¹⁸ Observación General N° 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 52 a 58.

¹⁹ Observación General N° 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 59.

propuestas de artículos sobre expulsión de extranjeros, entre otras temáticas²⁰. La Comisión aprobó 31 propuestas de artículo que tratan la expulsión de extranjeros, siendo algunos de ellos pertinentes de mencionar ya que se trata de la protección de los derechos humanos de la persona expulsada. En primer lugar, se define lo que se entiende por derecho de expulsión y asimismo reconoce el derecho de los Estados de expulsar a un extranjero de su territorio, respetando los derechos humanos.

Dentro de la protección de los derechos humanos del extranjero sometido a expulsión del Estado cabe indicar, para complementar lo ya señalado, lo siguiente:

Artículo 13-. “Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos”.

Artículo 19-. “Detención del extranjero a efectos de su expulsión

1. a) La detención de un extranjero a efectos de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.

b) El extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.

2. a) La duración de la detención se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

b) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente.

3. a) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión”.

En resumen, a partir la normativa antes mencionada, se puede sostener que los principales estándares aplicables a la expulsión decretada, ya sea por autoridad administrativa o judicial, serían los siguientes:

²⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Sexagésimo noveno período de sesiones Suplemento No 10 (A/69/10), 2014, p. 5.

- a) En primer lugar, si bien la expulsión es una potestad de los Estados, esta debe decretarse y ejecutarse con pleno respeto a los derechos humanos de la persona extranjera, sin discriminación.
- b) En segundo lugar, se reconoce la posibilidad de privación de libertad para llevar a cabo la medida de expulsión, pero la detención debe cumplir con algunos parámetros, dentro de los cuales cabe destacar la temporalidad y proporcionalidad de la medida ya que su duración está supeditada al tiempo razonable que lleve la expulsión, prohibiéndose de forma expresa la privación de libertad excesiva.
- c) En tercer lugar, la resolución que ordene la detención como aquella que prolongue la duración de la misma está sujeta a control judicial y debe existir siempre la posibilidad de su revisión por una instancia superior.
- d) En cuarto lugar, se consagra una serie de deberes para el Estado expulsor, que consisten en que la ejecución de la medida de expulsión sea segura hacia el Estado de destino.

3.2. Estándares internacionales regionales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha elaborado los denominados Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas²¹. En esta resolución de la CIDH se desarrollan principios orientadores relacionados con el deber de los Estados de respeto, protección, promoción y garantía de los derechos humanos o fundamentales independiente de su nacionalidad o su situación migratoria.

En lo referente a la expulsión cabe señalar una serie de principios que deben ser considerados en el desarrollo de legislación, reglamentación y decisiones administrativas y judiciales:

- 1) **No discriminación e igualdad de protección** (Principio 12).
- 2) **Integridad personal y prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes** (Principio 15).
- 3) **Protección de la unidad y reunificación familiar** (Principio 33).
- 4) **Garantías de debido proceso legal en procedimientos migratorios** (Principio 50); **Prohibición de separación de familias** (Principio 61); **Derecho a la libertad personal y excepcionalidad de la detención** (Principio 68). El Principio 68 parte de la base de que ningún migrante puede ser arrestado, detenido o privado de libertad de forma arbitraria. En lo que respecta a la excepcionalidad de la detención señala “Los Estados deben tomar medidas para erradicar la detención de migrantes mediante leyes, políticas y prácticas públicas. Mientras tanto, *los Estados deben garantizar que la detención se utilice únicamente de conformidad con lo autorizado por la ley y solo cuando se determine ser necesaria, razonable en todas las circunstancias y proporcional a un propósito legítimo. La detención se efectuará*

²¹ CIDH, Resolución 4/2019 “principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas” aprobada el 7 de diciembre 2019.

solamente **como medida de último recurso** y no deberá durar más del tiempo que requieran las circunstancias. Para asegurar este fin, se efectuará un examen periódico de las razones de la detención. La detención ocurrirá únicamente en virtud de una determinación individual basada en los hechos de la necesidad de proceder a la detención. El migrante tendrá el derecho de apelar de las condiciones, legalidad y duración de la detención ante una autoridad independiente, a fin de garantizar sus derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. Todo migrante privado de libertad será tratado con humanidad y con el debido respeto a la dignidad inherente a la persona humana. Los Estados deben garantizar un monitoreo periódico e independiente de todos los centros de detención de migrantes”. (La negrilla y cursiva es nuestra).

5) Criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad en las detenciones (Principio 69).

En lo que dice relación con el procedimiento de expulsión se desarrollan las garantías desde los principios 72 a 75.

6) Prohibición de la expulsión o deportación colectiva (Principio 72).

7) Garantías en los procesos de repatriación, devolución y expulsión (Principio 73).

8) Trato durante procedimientos de repatriación, deportación y expulsión (Principio 74).

9) Derecho a la información sobre y durante procesos de repatriación, deportación y expulsión (Principio 75).

Resumiendo los estándares precedentemente expuestos, hay una serie de mínimos aplicables a los procedimientos de expulsión, tanto administrativa como judicial. Si bien, en virtud de su soberanía el Estado tiene la potestad de expulsar a personas migrantes, dicha medida debe respetar los derechos de debido proceso, libertad personal, integridad física y psíquica, igualdad y no discriminación, entre otros. Dos grandes criterios que deben ser tenidos en consideración, serían los siguientes:

a) Las expulsiones son de carácter individual, las que deben ser debidamente fundamentadas, existiendo instancia dentro del procedimiento para ser oído, defenderse e impugnar la medida de expulsión por parte del migrante. La fundamentación de la expulsión se tiene que justificar basado en hechos específicos relativos a la persona, y en cumplimiento de fundamentos razonables y autorizados por la ley.

b) En lo que respecta a la privación de libertad para concretar la expulsión, esta tiene el carácter de *última ratio*, solo será procedente cuando sea necesaria, razonable en cuanto a las circunstancias, y proporcional con el fin legítimo perseguido. Es una medida de carácter cautelar y temporal, que debe ser revisada de forma periódica en cuanto a la mantención de las circunstancias que llevaron a que fuera decretada.

4. La figura de la internación en caso de expulsión

4.1. El origen legislativo de la medida de internación

El artículo 34 inciso 2° de la ley 18.216 señala lo que sigue:

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

¿Cuál es el origen legislativo de este concepto? Durante la tramitación de la ley 20.603, que modificó la ley 18.216, se estableció que el extranjero que hubiere sido objeto de la pena sustitutiva de expulsión quedaría bajo “custodia de Gendarmería”. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, con fecha 24 de enero de 2012, se modificó esa parte, y se incorporó la figura de la “internación”, bajo el expreso reconocimiento de que se trataba de una privación de libertad del extranjero mientras se concretara la expulsión. A continuación, se reproduce parte del informe respectivo:

“ El profesor señor Bofill consultó sobre la razón que se tuvo presente para incluir al Ministerio del Interior en la audiencia judicial en la que se determina la expulsión.

El señor Ministro de Justicia respondió que esa Secretaría de Estado es, en la actualidad, la encargada de materializar las expulsiones de los extranjeros que permanecen ilegalmente en Chile.

El señor Valenzuela, Jefe de la División de Defensa Judicial, explicó que en la actualidad los extranjeros que permanecen ilegalmente en Chile, que son condenados por su participación en hechos ilícitos y que se les aplica una medida alternativa, no logran rehabilitarse por el simple hecho de que, al no contar con los permisos necesarios para trabajar, nadie los contrata. Añadió que ese mismo condenado, al término de la medida alternativa que se le impuso, será expulsado del país, razón por la cual tampoco existen posibilidades para que se logre el proceso de reinserción social.

Indicó que, en razón de lo anterior, es más conveniente que el extranjero que permanece ilegalmente en el país y que es condenado por un tribunal, sea expulsado inmediatamente.

El profesor señor Bofill observó que la proposición considera que mientras no se materialice la expulsión decretada, el extranjero condenado quedará bajo la custodia de Gendarmería de Chile. Indicó que ello es normal si se trata de una persona que durante el proceso fue objeto de la medida cautelar de prisión preventiva, pues en ese

caso el condenado en cuestión ha estado bajo la custodia de la institución penitenciaria desde que la medida cautelar antes indicada fue dictada. Hizo notar que, sin embargo, no es clara la situación del extranjero condenado a la expulsión que estuvo en libertad durante el transcurso del juicio, pues no se observa bajo qué título se lleva a cabo en ese caso la custodia de Gendarmería.

Sugirió establecer que el condenado quedará privado de libertad mientras se concrete su expulsión, advirtiendo que tal regla debe quedar expresamente establecida en la ley pues no es posible deducirla de la expresión “quedar bajo custodia”.

La señora Subsecretaria de Justicia explicó que, en la actualidad, la medida de expulsión es llevada a cabo por la Policía de Investigaciones, que acompaña al expulsado hasta algún país que lo reciba. Indicó que cuando se ponga en práctica esta iniciativa, la idea es que tal función sea ejecutada por Gendarmería de Chile, la cual será dotada de acceso a medios de transporte terrestre y aéreo para tales fines.

El profesor señor Bofill indicó que si esa es la intención, es necesario establecer que al decretarse la expulsión del extranjero, el juez ordenará su internación en un recinto de Gendarmería de Chile hasta que la referida medida se ejecute.

Concluido el debate, la Honorable Senadora señora Alvear (Presidenta) puso en votación la proposición del Ejecutivo con la modificación propuesta por el profesor señor Bofill.

Ésta fue aprobada con la modificación antes descrita por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear (Presidenta) y señores Larraín, don Hernán, Kuschel, Orpis y Walker, don Patricio.

El señalado texto fue recogido posteriormente por la indicación número 13, letra f), del Ejecutivo, de fecha 19 de enero de 2012, la cual quedó aprobada con modificaciones, con la votación ya consignada.

El precepto en estudio pasó a ser artículo 34.”²²

4.2. Su inspiración en la legislación española y los límites impuestos por la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH)

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, mediante indicación del gobierno se introduce el texto del actual artículo 34. A continuación se reproducen parte del informe de 5 de abril de 2011, donde se justifica la incorporación de una regla especial para extranjeros, indicando el Ministro de Justicia, Felipe Bulnes Serrano que:

²² Boletín 5838-07. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, 24/1/2012.

“Esta disposición, que regula la pena sustitutiva de expulsión de los extranjeros condenados por tribunales chilenos, está tomada del Derecho Comparado y que se recoge también en el proyecto de ley actualmente en trámite legislativo sobre indulto general. Explicó que la redacción que se ha presentado en esta oportunidad simplifica el texto ya conocido por la Comisión y busca facilitar la implementación práctica de esta medida”.

El profesor Ignacio Castillo Val manifestó: “que la regla especial aplicable a los extranjeros, que permite al juez sustituir el cumplimiento de la pena privativa de la libertad por su expulsión del territorio nacional (artículo 35), es la medida más polémica y criticada en la doctrina española, en atención a las consecuencias que lleva aparejada. Uno de los problemas de esta medida radica en que se incorpora una circunstancia ajena al Derecho Penal, como es el tema de la extranjería, que se vincula más bien con el Derecho Administrativo y no con la gravedad del delito que ha cometido el condenado.

Añadió a las anteriores observaciones la circunstancia de que no se indique el plazo durante el cual se prohibirá al extranjero expulsado regresar al país, como ocurre en la legislación española, lo que transforma a esta pena sustitutiva en un extrañamiento con término indefinido que resulta ser a todas luces inconstitucional. Aseguró que esta medida no contribuirá a disminuir el hacinamiento carcelario y que, dado que podrá imponerse para delitos cuya pena no exceda los cinco años, no será aplicable, por ejemplo, al tráfico de drogas, que es uno de los ilícitos que cometen con más frecuencia extranjeros en la zona norte del país”.

El asesor parlamentario señor Aldunate, refiriéndose a la aplicación de esta medida en la ley española, sostuvo que ella había sido blanco de serias críticas por carecer de fundamentos político criminales y de carácter preventivo como medida de seguridad, basándose únicamente en la nacionalidad de la persona como elemento diferenciador en el trato, lo que afectaba su dignidad²³.

De lo descrito en torno a la incorporación de la regla especial para extranjeros aparece de manifiesto su inspiración en la legislación comparada, especialmente, la española que tiene la misma norma²⁴.

²³ Boletín N° 5838-07. Primer Informe de la Comisión de Constitución, 5/04/2011.

²⁴ Artículo 89 del Código Penal español 2 y 8: “2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha abordado este tipo de situaciones de extranjeros condenados a penas privativas de libertad y que se les aplica la expulsión como pena sustitutiva. En efecto, en el caso 3811/2020, de 19 de noviembre, el Tribunal Supremo reiteró la obligación que tiene el juez de proceder a aplicar el principio de ponderación en el caso concreto.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte EDH ha desarrollado los estándares mínimos en materia de expulsión de extranjeros. En el caso *Saber y Boughassal c. España*, de 18 de diciembre de 2018, la Corte Europea se pronuncia precisamente sobre la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión en caso de condenados a penas privativas de libertad²⁵. En esta sentencia, la Corte EDH establece los siguientes criterios que se deben tomar en consideración por el juez o la administración, para valorar “si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida:

- 1) La duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada;
- 2) El período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período;
- 3) La nacionalidad de las distintas personas afectadas;
- 4) La situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio en particular, así como otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja;
- 5) Si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que se creó la relación familiar;
- 6) Si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad;
- 7) La gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado;
- 8) El interés y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades con las que se puedan topar los hijos del demandante en el país al que se va a expulsar al interesado;
- 9) La solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino”.²⁶

podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma”.

²⁵ CEDH: *Affaire Saber et Boughassal c. Espagne*. Requête N° 76550/13 et 45938/14. Arrêt 18 décembre 2018.

²⁶ Presno Linera, Miguel Ángel: “Consideraciones jurídicas sobre la expulsión de extranjeros condenados en España”, en *The Conversation*, 16 de enero de 2019. Disponible en: <<https://theconversation.com/consideraciones-juridicas-sobre-la-expulsion-de-extranjeros-condenados-en-espana-109896>> [Visitado el 3/12/2020]

Esta jurisprudencia recuerda que el juez nacional de expulsión debe realizar en forma previa un control de convencionalidad –que consiste en contrastar los estándares internacionales y su interpretación con la normativa interna- para determinar si la medida de expulsión se ajusta a los estándares mínimos protectores de los derechos de los extranjeros condenados. Tal como establece Presno Linera, esta sentencia recuerda las exigencias propias del Estado de Derecho, esto es, “no caben expulsiones indiscriminadas ni desconectadas de las circunstancias de la persona concreta y de su vida privada y familiar”²⁷. Igualmente, estos mismos criterios resultan aplicables a la medida de internación decretada por el juez, la cual debe ser evaluada según el test de ponderación y ser sometida a un control de convencionalidad. Ello en razón de que los estándares mencionados en punto 3 de este informe son aplicables a la situación de privación de libertad que acarrea la internación, que es la medida de aseguramiento para la concreción de la expulsión. La resolución judicial que decreta la internación debe ponderar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la privación de la libertad según los criterios enunciados.

4.3. Medida de aseguramiento

Una pregunta que resulta relevante abordar es: ¿En qué consiste la internación del extranjero condenado expulsado?

Primeramente, debe tenerse en consideración, tal como se ha señalado precedentemente, que la expulsión es una conmutación de la pena privativa de libertad por una medida de salida forzada del territorio nacional. Así, la internación es una medida de aseguramiento que apunta a garantizar la factibilidad de la pena sustitutiva de expulsión. En este sentido, la internación se emparenta bastante con el sentido de una medida cautelar que tiene por objeto asegurar las finalidades del procedimiento o la ejecución de una resolución, que en este caso, serían la expulsión del condenado del territorio nacional. En consecuencia, la medida de internación equivale a una privación de libertad del extranjero condenado expulsado.

Por lo tanto, para todos los efectos, entenderemos que este régimen de internación, que no está contemplado dentro de nuestra Constitución, constituye una medida de privación de libertad, al igual que el arresto o la detención. En la aplicación de esta medida debe garantizarse la igualdad y no discriminación, es decir, la decisión tanto del juez o la petición de las partes o del Ministerio del Interior no puede ser aplicada de forma arbitraria ni basada en factores de discriminación.

A todas luces la distinción entre migrantes en situación migratoria regular e irregular que hace la norma no está fundada, lleva a la criminalización aún más del migrante en situación migratoria irregular.

²⁷ Presno Linera, Miguel Ángel: “Consideraciones jurídicas sobre la expulsión de extranjeros condenados en España”, en *The Conversation*, 16 de enero de 2019. Disponible en: <<https://theconversation.com/consideraciones-juridicas-sobre-la-expulsion-de-extranjeros-condenados-en-espana-109896>> [Visitado el 3/12/2020]

Ahora bien, el artículo 34 en cuestión, no solo aplica de forma general la privación de libertad para concretar la expulsión, sino que también criminaliza una sanción que es, en general, una herramienta migratoria, típicamente administrativa, como lo es la expulsión, lo que es contrario a los estándares mínimos en materia de derechos humanos ya enunciados.

4.4. La falta de regulación de la internación en caso de expulsión

En Chile, hay una falta de regulación a nivel constitucional y legal respecto de este régimen denominado internación, que consiste en la privación de libertad de un extranjero hasta la ejecución de la expulsión.

Ahora bien, en el texto constitucional vigente no está contemplada la internación como una categoría de restricción o privación a la libertad personal. En este sentido si se analiza el artículo 19 N° 7 letras c y d, se aprecia que solo se contemplan la detención y el arresto. Además, la norma mencionada consagra el carácter excepcional de las medidas de restricción y privación de libertad, por ello solo se admiten en los casos expresamente contemplados en la Constitución y la ley.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos la terminología utilizada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos es detención, retención, encarcelamiento o privación de libertad (art. 7°). Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace alusión a la detención, arresto o privación de libertad (art. 9°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas habla de detención, prisión, privación de la libertad (art. 9°).

Conforme a lo anterior, la internación no encuentra un sustento ni en el derecho constitucional positivo chileno ni en el derecho internacional, ya que no goza de reconocimiento y tampoco está dotada de contenido que permita garantías mínimas.

La internación también se encuentra presente en otros cuerpos normativos, tales como en materia de responsabilidad penal adolescente, en materia de inimputables por enajenación mental y en materia de personas afectadas en su salud mental.

En lo que respecta a la ley, la internación está prevista dentro del ordenamiento jurídico chileno en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084, que establece como medida de sustitución de la pena la internación en un régimen cerrado o semicerrado, en ambos casos con programa de reinserción social (art. 6° letra a y b). Asimismo, se contempla la internación involuntaria de personas con motivo de salud mental ley N° 20.584.

En el caso de la ley penal adolescente la internación es una medida privativa de libertad, la propia norma sostiene que el régimen semicerrado “consistirá en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre”²⁸. En el caso del régimen cerrado es “privación de libertad

²⁸ Ley N° 20.084, artículo 16, Diario Oficial 7 de diciembre de 2005.

en un centro especializado para adolescentes”²⁹. En ambos casos la medida no puede exceder de 5 años si el infractor es menor de 16 años y de 10 años si el infractor es mayor de 16 años (art. 18). Asimismo, en la internación se incluye la continuación de estudios, el aprendizaje de oficios, el manejo de tecnologías digitales, el tratamiento de adicciones y el fortalecimiento del vínculo con la familia (art. 17, inciso 2º).

La norma en comento, también contempla como medida cautelar la internación provisoria, la que solo procede cuando se imputa a una persona mayor de 18 años una conducta que constituiría un crimen y que las medidas del art. 155 del Código Procesal Penal no sean suficientes (art. 32). Esta medida, al igual que el resto de las medidas cautelares, está sujeta al principio de proporcionalidad (art. 33)³⁰.

En la ejecución de la pena, se establecen derechos y garantías, dentro de las cuales se encuentra la de “Presentar peticiones ante cualquier autoridad competente de acuerdo a la naturaleza de la petición, obtener una respuesta pronta, solicitar la revisión de su sanción en conformidad a la ley y denunciar la amenaza o violación de alguno de sus derechos ante el juez” (art. 49).

En la historia de la ley se señala que: “Las disposiciones propuestas recogen las más recientes innovaciones legislativas, como las contenidas en la nueva ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España, que entró en vigencia el 13 de Enero del 2001 y la experiencia positiva y negativa de la aplicación de leyes similares en el contexto de América Latina, especialmente la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica de 1996 y el Estatuto del Niño y Adolescente de 1990 en Brasil”³¹. En este sentido la ley española habla de internamiento en régimen abierto y en régimen cerrado (art. 7º).

En el Código Procesal Penal, en el artículo 457 se establece como medida de seguridad que puede aplicarse al enajenado mental la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento, según la gravedad del caso. La internación debe realizarse en un establecimiento especializado quedando vedada la posibilidad de llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Respecto de la internación ésta deberá realizarse “en la forma y condiciones que se establecieron en la sentencia que impone la medida. Cuando la sentencia dispusiere la medida de custodia y tratamiento, fijará las condiciones de éstos y se entregará al enajenado mental a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad” (inciso 3º).

Asimismo el artículo 464 de la mismo cuerpo legal, consagra la internación provisoria, señalando en su inciso 1º: “Durante el procedimiento el tribunal podrá ordenar, a petición de alguno de los intervinientes, la internación provisional del

²⁹ Ley N° 20.084, artículo 17, Diario Oficial 7 de diciembre de 2005.

³⁰ Artículo 33.- Proporcionalidad de las medidas cautelares. En ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena.

³¹ Historia de la ley N° 20084, [Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5762/HLD_5762_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf]

imputado en un establecimiento asistencial, cuando concurrieren los requisitos señalados en los artículos 140 y 141, y el informe psiquiátrico practicado al imputado señalare que éste sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas”.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre la privación de libertad de una persona en una situación de inimputabilidad por enajenación mental. En este caso, la Corte Suprema ha acogido el recurso de amparo porque la medida de internación se cumplía en recinto carcelario y no en el centro establecido por la ley al efecto. En un ejercicio de ponderación, la Corte Suprema ordena proceder de la forma menos gravosa para los derechos del afectado. En ese sentido el máximo tribunal analiza la necesidad de la medida, partiendo de la base que existe una norma que contempla una medida especial de internación provisoria (art. 464 CPP), señalando que existen supuestos especiales para decretar dicha medida. Agrega que la medida de internación provisoria debe ser cumplida en un centro asistencial. En el caso concreto se trata de una persona formalizada en que se mantuvo la prisión preventiva en un centro penitenciario, a la espera del informe psiquiátrico. Entiende que la persistencia de la privación de libertad en una forma distinta y más gravosa a la prevista en la ley, pone en riesgo su seguridad personal³².

Por su parte la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, señala en su artículo 25 la hospitalización involuntaria de personas cuando se den los supuestos indicados en la norma³³. El Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan (DS N° 570, 1998), señala que la internación puede ser voluntaria y no voluntaria (la de urgencia no voluntaria, la administrativa, y la judicial)³⁴. Respecto de la duración de la internación en el caso de aquella urgente no voluntaria, sólo podrá extenderse por un período máximo de 72 horas³⁵.

³² Corte Suprema, Causa Rol N° 20-2021, sentencia de fecha 5 de enero de 2021, C. 2° y 5°. En el mismo sentido Corte Suprema Rol N° 2850-2018, sentencia de 20 de febrero de 2018, C. 3°, 4° y 5°.

³³ “a) Necesidad de la medida para proceder a una evaluación mental, lo que es indicado en certificado expedido fundadamente por un médico cirujano; b) Que el estado de la persona sea un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros; c) Que la hospitalización tenga exclusivamente una finalidad terapéutica; d) Que no exista otro medio menos restrictivo de suministrar los cuidados apropiados, y e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración (cuando no sea posible se tendrá en cuenta la opinión del representante legal o apoderado o una persona con vínculo familiar)”. La duración de esta medida tiene una duración de 72 horas, y, en caso que exceda, tendrán que ser autorizadas por la autoridad sanitaria. El Código Sanitario en su libro VII de la observación y reclusión de los enfermos mentales, de los alcohólicos y de los que presenten estado de dependencia de otras drogas y sustancias, señala en su artículo 130 que es facultad del Director General de Salud resolverá sobre la internación de las personas en establecimientos de salud particulares o públicos. Asimismo el artículo 131 distingue entre internación voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia.

³⁴ La internación de urgencia no voluntaria es determinada por el médico, la administrativa por la autoridad sanitaria a partir de la iniciativa de la autoridad policial, de la familia, del médico o cualquier miembro de la comunidad y la judicial es aquella dispuesta por los tribunales mediante una resolución judicial.

³⁵ El exclusivo objeto de realizar la observación indispensable para elaborar un diagnóstico médico especializado, o bien, para superar la crisis en la que se encuentra el paciente, al cabo de lo cual se determinará su alta o tratamiento; este último podrá verificarse en forma ambulatoria o bajo internación (art. 13). En el caso

Como se ve, en el caso de la internación adolescente, así como en la internación médica, el legislador se preocupó de rodearla de parámetros y criterios de racionalidad y proporcionalidad que están ausentes en la internación como medida de aseguramiento del artículo 34 de la ley 18.216. Desde ya, se puede apreciar que, dentro de sus parámetros, se trataría de una privación de libertad acotada y limitada en el tiempo, sujeta a escrutinio regularmente.

Para resumir, los criterios que aparecen presentes en estas normas relacionadas con la internación son los siguientes: a) se trata de una medida de seguridad; b) la internación se sujeta al principio de proporcionalidad; c) duración limitada en el tiempo; d) revisable periódicamente.

Este concepto de internación del extranjero condenado sujeto a la medida de expulsión, novedoso en el derecho constitucional chileno, equivale a una privación de libertad del condenado, sujeta a las reglas comunes de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad (1) y, asimismo, a las reglas especiales de derechos humanos de los extranjeros sujetos a detención para efectos de ejecutar la medida de expulsión de la que han sido objeto (2).

4.4.1. Reglas comunes de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad

En cuanto a los estándares de derechos humanos de personas privadas de libertad, se puede indicar, considerando la jurisprudencia de la Corte IDH lo siguiente:

Existen un principio fundamental respecto a las restricciones del poder punitivo estatal que son el respeto de la dignidad humana de la persona y la protección de sus derechos humanos. La Corte IDH ha sostenido que existe una obligación especial del Estado respecto de las personas privadas de libertad, que consiste en que el Estado está en una posición de garante respecto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad³⁶. Los estándares que la Corte ha establecido en torno a las condiciones de los centros de detención y/o centros carcelarios son los siguientes:

1) Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal³⁷. Esto implique la existencia de

de la administrativa deberá ser reevaluada cada treinta días con la opinión de otro médico (art. 14). En el caso de la judicial, no hay un plazo señalado pero el alta deberá ser decretada por el tribunal, para ello la autoridad sanitaria le informará en la oportunidad en que considere que han cesado las condiciones que hicieron necesaria la adopción de dicha medida de seguridad (art. 43).

³⁶ Corte IDH Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia de 19 de enero de 1995, párr. 60. En el mismo sentido Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. ;Corte IDH Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 87; Corte IDH. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela, sentencia de 26 de junio de 2012, párr. 135.

³⁷ Corte IDH Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo, sentencia de 19 de enero de 1995, párr. 60; Corte IDH Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 87; Corte IDH Caso Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 165; Corte IDH Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 95.

condiciones mínimas de detención que conlleve el resguardo de salud, higiene, acceso a agua potable y alimentación. Así uno de los estándares que nos interesa resaltar es: “La separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición”³⁸.

2) Respecto de los establecimientos de detención, la Corte IDH ha señalado criterios en relación con la existencia de infraestructura adecuada para albergar a personas privadas de libertad, con condiciones higiénicas mínimas como ventilación, evitar el hacinamiento, acceso a luz natural y ventilación. El Estado debe tomar medidas para evitar exceder el nivel de sufrimiento inherente a la detención³⁹.

3) En cuanto a las condiciones de detención de migrantes se ha señalado lo siguiente:

“Si bien la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, en caso de personas privadas de libertad exclusivamente por cuestiones migratorias, los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar “condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal, y cuyo personal esté debidamente cualificado” evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares. En consecuencia, el Estado está obligado a adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas, para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”⁴⁰.

4.4.2. Reglas especiales de derechos humanos de los extranjeros sujetos a detención para efectos de ejecutar la medida de expulsión de la que han sido objeto

³⁸ Corte IDH Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, sentencia de 27 de abril de 2011, párr. 67.

³⁹ Corte IDH Caso Díaz Peña Vs. Venezuela, sentencia de 26 de junio de 2012, párr. 136; Corte IDH Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 165, 178 y 184; Corte IDH Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, sentencia de 14 de octubre de 2019, párrs. 71, 88 y 89; ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 20; Corte IDH Caso De la Cruz Flores Vs. Perú, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 132; Corte IDH Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre 2004, párr. 154.; Corte IDH Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, sentencia de 14 de octubre 2019, párr. 89; Corte IDH Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, sentencia de 21 de octubre de 2016, párrs. 159 y 164; Corte IDH Caso Vélez Loor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 215 a 217; Corte IDH Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 97 a 99; Corte IDH Caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrs. 108 y 110; Corte IDH Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 85; Corte IDH Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 380 y 381.

⁴⁰ Corte IDH Caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 209.

En este apartado, abordaremos la pregunta siguiente: ¿Cuáles son los estándares que debe cumplir la medida de internación? En primer lugar, desde el punto de vista del derecho internacional, cabe mencionar los estándares desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional en torno al proyecto de artículos sobre los derechos de los extranjeros y su expulsión, especialmente, en atención a su detención o privación de libertad.

En ese sentido, no solo sería aplicable el artículo 13 del PIDCP, sino que si la expulsión conlleva detención serían aplicables las garantías de los artículos 9 y 10⁴¹. La importancia de estas normas es que se consagra el derecho al recurso respecto de la medida de privación de libertad, lo que es concordante con las normas del debido proceso.

Igualmente, los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos han desarrollado estándares mínimos en materia de expulsión de extranjeros.

En el caso del sistema europeo de protección de los derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 5° consagra el derecho a la libertad y seguridad. El Protocolo N° 4, en su artículo 2 consagra la libertad de circulación. El Protocolo N° 7 consagra garantías de procedimiento en el caso de

⁴¹ Artículo 13: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto 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”.

Artículo 9°: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Artículo 10°: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

expulsión de extranjeros (derecho a ser oído, que su caso sea revisado y presentarse ante la autoridad competente).

Desde el punto de vista pretoriano, existe jurisprudencia relevante de la **Corte Europea de Derechos Humanos** en la aplicación por el Estado de la detención como medida para ejecutar la expulsión. Así ha señalado que la detención tiene que ser en lugares y con condiciones apropiadas y la duración de la detención tiene que ser razonable considerando el propósito perseguido, es decir, no puede ser excesiva. Asimismo ha señalado que para que la detención sea conforme al artículo 5.1 (letra f), los Estados deben realizar acciones concretas y tomar medidas para llevar a cabo la expulsión con la debida diligencia que se requiere en estos procesos.

Por otra parte, en el caso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, consagra en su artículo 22 “Derecho de Circulación y de Residencia: 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

En cuanto a los estándares mínimos emanados de la jurisprudencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH) respecto de los derechos de los migrantes, es necesario distinguir entre derecho a las garantías judiciales y garantía del debido proceso respecto de los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado, derecho a la nacionalidad y derecho a la protección de la familia. Desde un inicio se deben considerar los estándares mínimos del deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona.

En cuanto al derecho a las garantías judiciales y garantías del debido proceso respecto a los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado se puede señalar que, la Corte IDH ha señalado que los Estados están obligados a cumplir garantías mínimas⁴².

4.4.3. Matriz de estándares en derechos humanos de extranjeros condenados y expulsados

De acuerdo con la normativa y precedentes que se han mencionado, se podrían resumir de la siguiente manera los estándares de derechos humanos de

⁴² Estos estándares se desprenden de lo resuelto por la Corte IDH, en atención a la violación al artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de los Estados, respecto de personas no nacionales en tres casos contenciosos. Corte IDH Caso Vélez Llor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Corte IDH Caso familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013; Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas Vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014.

extranjeros privados de libertad mientras se procede a su expulsión decretada por la autoridad administrativa o judicial:

- a) La privación de libertad del extranjero expulsado sólo procederá cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de la expulsión, considerando que el Estado expulsor debe adoptar las medidas para facilitar la salida voluntaria del extranjero.
- b) En consecuencia, la resolución que decreta la privación de libertad del extranjero debe ser suficientemente motivada, debiendo siempre estar basadas en razones objetivas, sin discriminación.
- c) La detención del extranjero no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.
- d) El extranjero debe estar separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.
- e) La detención o privación de libertad debe realizarse en lugares y con condiciones apropiadas, considerando el propósito perseguido.
- f) La duración de la detención debe ser por tiempo acotado, fijado por el tribunal, y limitado a lo estrictamente razonable, proporcionado y necesario para la ejecución de la medida de expulsión, justamente, considerando el propósito perseguido.
- g) Quedan prohibidas las privaciones de libertad de duración excesivas, lo que debe ser evaluado por el tribunal.
- h) La privación de libertad del extranjero sujeto a expulsión debe ser evaluada regularmente por el juez, de acuerdo con los plazos previamente establecidos.
- i) Si la expulsión se revela que no puede llevarse a cabo dentro de un plazo razonable, por razones inimputables al extranjero, debe ponerse fin a la privación de libertad.

En conclusión, tal como se ha venido exponiendo a lo largo de este apartado, la medida de internación contemplada en el artículo 34 inciso 2° de la ley 18.216 no satisface los estándares mínimos de derechos humanos antes mencionados, debido a su absoluta falta de regulación en este cuerpo legal, y a su no reconocimiento en el texto constitucional.

5. Análisis estadístico y jurisprudencial de la aplicación de la medida de internación

En esta sección pretendemos abordar la siguiente interrogante: ¿Qué han señalado los tribunales en la aplicación de la medida de internación y qué se desprende de los datos estadísticos?

5.1 Estadísticas de la aplicación de la internación

En este punto analizaremos algunos datos obtenidos sobre la medida de expulsión sujeta a internación⁴³. Para ello en el cuadro siguiente se desagregan

⁴³ Los datos enunciados fueron obtenidos de la Defensoría Penal Pública.

datos durante los años 2019 y 2020 referentes a la aplicación de la medidas de expulsión.

Cuadro N° 1 aplicación de la pena de expulsión

	Aplicación del art. 34 Ley 18.126	Delitos	Nacionalidad	Hombres	Mujeres	Total
2019	1340	Ley de Drogas: 1248 (91,3%)	Boliviana: 998 (74,4%)	878	462	Los delitos mencionados corresponden al 96,3 % del total. Los países de origen indicados representan un 95,4% del total.
			Peruana: 180 (13,4%)			
			Colombiana: 103 (7,6%)			
		Robos: 58 (4,2%)				
		Otros delitos contra la propiedad: 12 (0,8%)				
2020	678	Ley de Drogas: 607 (86,2%)	Boliviana: 438 (64,6%)	461	217	Los delitos mencionados corresponden al 96,3 % del total. Los países de origen indicados representan un 95% del total.
			Peruana: 164 (24,1%)			
			Colombiana: 36 (5,3%)			
		Robos: 42 (5,9%)				
		Otros delitos contra la propiedad: 21 (2,9%)				

Del cuadro anterior, podemos extraer algunas conclusiones:

1) Los países de origen en que se concentran más del 80% de los casos se tratan de Bolivia y Perú, que son limítrofes con Chile, seguido en tercer lugar por Colombia. Estos datos se condicen con la movilidad humana que Chile recibe de estos países, encontrándose entre los primeros cuatro lugares según estadísticas del Departamento de Extranjería y Migración.

2) La mayoría de las infracciones que son sancionadas con el art. 34 son referente a la Ley de Drogas, en que el bien jurídico protegido es la salud pública⁴⁴

⁴⁴ Rebolledo (2014), pp. 120 y 121, [consultado el 25 de enero 2020] [Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/bien_juridico_protegido_estupefacientes_LR.pdf]

3) Del total de causas podemos sostener que la aplicación de la expulsión aparejada con la internación es una medida frecuentemente aplicada y que en la práctica pareciera ser una herramienta útil para ejecutar la política migratoria, que en principio le corresponde a la autoridad administrativa y no al legislador ni a los jueces.

Por otro lado, a partir de estos datos surgen diversas interrogantes:

- 1) ¿La medida de internación está sujeta a un plazo determinado para el cumplimiento de la expulsión?
- 2) ¿El juez del fondo ejerce un control jurisdiccional en la medida de internación?
- 3) ¿Existe una revisión de la internación, como medida de privación de la libertad, por los jueces?
- 4) ¿La medida de internación, aparejada a la expulsión, está sujeta a la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad del fin perseguido?

Estas interrogantes serán abordadas a continuación con el análisis de la jurisprudencia.

5.2 Aplicación de la internación realizada por los Tribunales de Justicia

La Ley 18.216 establece las condiciones para sustituir las penas privativas o restrictivas de libertad. De acuerdo con el artículo 34 de dicha ley, la sustitución consistiría en decretar la expulsión del extranjero como sustitución de la condena por una pena igual o inferior a 5 años. Se ordenará la internación hasta la ejecución de la pena sustitutiva. Los criterios de análisis de la jurisprudencia estudiada son:

- 1) Sujeción de la medidas de internación a un plazo determinado para el cumplimiento de la expulsión

La ley no regula ningún parámetro respecto de la internación, es decir, el legislador no indicó los requisitos para la dictación, mantención, sustitución o revocación de la internación, partiendo de la base de que se trata de una medida privativa de libertad que afecta el derecho fundamental a la libertad ambulatoria. La omisión legislativa también la encontramos en la duración de la internación, ya que no establece ningún tipo de plazo, quedando supeditada a la ejecución de la expulsión, dotando de una alta discrecionalidad a la autoridad administrativa llamada a ejecutarla.

Ante este vacío legal, qué han dicho los tribunales. Primero, se puede observar que los tribunales fijan un plazo cada vez que decretan la medida de internación, pero el plazo no es uniforme en todas las jurisdicciones. Esta variabilidad –que afecta la predictibilidad de las decisiones- en la fijación de un plazo, y en el plazo mismo fijado, atentan en contra de los derechos fundamentales del afectado. No existe un criterio uniforme. El plazo varía entre 30 a 100 días⁴⁵. La

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Iquique, Causa Rol N° 182- 2020, C. 1º, en que se indica que el Juzgado de Garantía de Iquique fijó como plazo para ejecutar la expulsión 30 días, sujeto a la medida de internación; Corte de Apelaciones Antofagasta, Causa Rol N° 19-2020, C. 1º en que se indica que el Juzgado de Garantía de

variación de este plazo, en la ejecución de la expulsión, tiene como consecuencia la privación de libertad del condenado hasta la concreción de la expulsión. La determinación de este plazo judicial y no legal, queda al arbitrio de cada juez. Por otra parte, la materialización de la expulsión corresponde al Departamento de Extranjería y Migración en coordinación con la Policía de Investigaciones, quienes gozan de una alta discrecionalidad en la ejecución de la medida sustitutiva. Estos órganos de la administración no solo no cumplen dentro del plazo señalado por el Tribunal de Garantía, sino que en diversas oportunidades solicitan prórrogas del plazo a las cuales se acceden sin ponderación de la justificación aducida para la prórroga, sin evaluar la condición de vulnerabilidad del extranjero o bien, la necesidad de mantener la privación de libertad, entre otras.

Dicho de otro modo, el extranjero o migrante expulsado, debe soportar la ineficacia e ineficiencia del Estado en la concreción de esta pena sustitutiva, en desmedro de sus derechos fundamentales. Esta carga, dilación de la expulsión y mantención de la internación, hace más gravosa la sustitución de la pena, ya que debe soportar dilaciones injustificadas sin que el Estado y el juez, realizando su control jurisdiccional, cumplan con su rol de garante, lo que es una medida del todo desproporcionada⁴⁶.

2) Control jurisdiccional de la medida de internación y sustitución de la internación como medida de privación de libertad por otros medios

La jurisprudencia ha entendido que el Juez de Garantía tiene un rol de control en la ejecución de la condenada (expulsión)⁴⁷. Ahora este rol, en base las sentencias analizadas solo dicen relación con la determinación del plazo para la concreción de la expulsión, ya que no existe un régimen de control que permita al juez, efectivamente, fiscalizar el estado de cumplimiento o las acciones realizadas por la autoridad administrativa para la ejecución de la medida. Es decir, el único control es la verificación de la concreción de la expulsión pero sin estar dotados de herramientas jurídicas que le permitan desarrollar un control de convencionalidad incumplir su rol de garante de derechos fundamentales.

Antofagasta fijó como plazo para ejecutar la expulsión 45 días, sujeto a la medida de internación. En el mismo sentido Corte de Apelaciones Antofagasta, Causa Rol N° 91-2020, C. 1°; Corte de Apelaciones Antofagasta, Causa Rol N° 114-2020, C. 1°. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 119-2020, C. 1°, en que se indica que el Juzgado de Garantía de Antofagasta fijó como plazo para ejecutar la expulsión 60 días, sujeto a la medida de internación. En el mismo sentido ver, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 113- 2020, C. 1°; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 111-2020, C. 1°. Corte de Apelaciones de Arica, Causa Rol N° 219-2020, C. 1°, en que se indica que el Juzgado de Garantía de Arica fijó como plazo para ejecutar la expulsión 100 días, sujeto a la medida de internación.

⁴⁶ Corte Suprema. Rol N° 70-14, C. 2° y 4°, sentencia de 8 de enero de 2014. También CS Rol N° 63435-2020, C. 1° y 2°, sentencia de 9 de junio de 2020; CS Rol N° 63436-2020, C. 1° y 2°, sentencia de 9 de junio de 2020; CS Rol N° 63437, C. 1° y 2°, sentencia de 9 de junio de 2020; CS Rol N° 63363- 2020, C. 1° y 2°, sentencia de 10 de junio de 2020.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Iquique, Causa Rol N° 182- 2020, C. 3, sentencia de 10 de noviembre de 2020. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 111-2020, C. 7°, sentencia de 1 de junio de 2020; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 114-2020, C. 7°, sentencia de 28 de mayo de 2020; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 119-2020, C. 7°, sentencia de 1 de junio 2020; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 113- 2020, C. 7°, sentencia de 1 de junio 2020; Corte de Apelaciones Antofagasta, Causa Rol N° 91-2020, C. 7°, sentencia de 18 de mayo de 2020.

En este sentido, es pertinente señalar que la Corte Suprema en sentencias donde acoge acciones de Amparo ha señalado como medida lo siguiente: “deberá citar a los intervinientes y a las entidades involucradas en la materialización de la pena sustitutiva, en el más breve plazo, a una audiencia en la cual se deberá fijar una fecha cierta para la expulsión del amparado del territorio nacional”⁴⁸.

Con respecto a la sustitución de la medida de internación, la jurisprudencia ha entendido que el artículo 34 se trata de “*una forma especial de cumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión, hasta la ejecución de esta*”⁴⁹. Además, ha indicado que el juez está obligado, por la normativa legal, a aplicar la internación hasta el cumplimiento de la expulsión y que no puede ser cumplida en un lugar distinto a los recintos de Gendarmería⁵⁰.

Esta interpretación tiene dos consecuencias: 1) el artículo 34 restringe el ámbito de acción del juez, ya que no estaría facultado para modificar la internación, como medida privativa de libertad, por otra menos gravosa para la libertad ambulatoria pero que asegure el fin último, el cual es la expulsión. 2) Por otra parte, el carácter imperativo de la internación, restringe el ejercicio jurisdiccional del juez, ya que no puede pronunciarse respecto de la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, por lo que la norma arroja un resultado contrario a la Constitución.

6. Inconstitucionalidad de la medida de “internación”

¿Cumple la medida de internación con el test de constitucionalidad? La aplicación concreta de la medida de expulsión como pena sustitutiva y de la internación, de la manera que está prevista en el artículo 34 de la ley 18.216 arroja un resultado contrario a la Constitución en lo que dice relación con los artículos 1°, 4°, 5°, 6°, 7° de la Constitución, con el derecho a la vida consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución, con el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, con el derecho a la libertad personal y seguridad individual previsto en el artículo 19 N° 7 de la Constitución. El resultado contrario a la Constitución puede predicarse tanto de la decisión de aplicar la medida sustitutiva de la pena privativa de libertad como de la decisión de aplicar la medida de internación.

⁴⁸ Corte Suprema, Causa Rol N° 63.435-2020, sentencia de 9 de junio de 2020; ⁴⁸ Corte Suprema, Causa Rol N° 63.436-2020, sentencia de 9 de junio de 2020; Corte Suprema, Causa Rol N° 63.437-2020, sentencia de 9 de junio de 2020; Corte Suprema, Causa Rol N° 63.363-2020., sentencia de 10 de junio de 2020.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 119-2020, C. 8°, sentencia de 1 de junio 2020; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 113- 2020, C. 8°, sentencia de 1 de junio 2020; Corte de Apelaciones Antofagasta, Causa Rol N° 91-2020, C. 8°, sentencia de 18 de mayo de 2020.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Arica, Causa Rol N° 219-2020, C.6°, sentencia de 30 de abril de 2020; en el mismo sentido Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 111-2020, C. 8°, sentencia de 1 de junio de 2020; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 114- 2020, C. 8°, sentencia de 28 de mayo de 2020; ⁵⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 119-2020, C. 8°, sentencia de 1 de junio 2020; ; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa Rol N° 113- 2020, C. 8°, sentencia de 1 de junio 2020; Corte de Apelaciones Antofagasta, Causa Rol N° 91-2020, C. 8°, sentencia de 18 de mayo de 2020.

Además, el juez, cómo órgano del Estado, tiene un rol especial de garante de los derechos humanos de los extranjeros que no residen legalmente en el país, y más generalmente, de todos los migrantes, junto con un deber reforzado de debida diligencia en la prevención de la vulneración de sus derechos, considerando su condición de grupo especialmente vulnerable. En consecuencia, no basta la mera manifestación de voluntad del extranjero condenado, para que el juez acceda a la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión. En el caso inverso, si el condenado no está de acuerdo con la expulsión el juez tiene un deber reforzado de tomar en consideración, especialmente, los estándares previstos para la expulsión, y posteriormente, aquellos previstos para evaluar la aplicación de la medida de internación.

Junto con lo anterior, de acuerdo con la obligación de realizar un control de convencionalidad, el juez tiene el deber de evaluar el cumplimiento, y satisfacción en el caso concreto, de todos los estándares mínimos de derechos humanos aplicables. Por ejemplo, el juez debe considerar la situación familiar del extranjero condenado expulsado; asimismo, el juez debe evaluar la situación laboral del extranjero condenado expulsado; también, el juez debe estimar el tiempo de estadía del extranjero en el país, para valorar si ha desarrollado un arraigo en el territorio nacional⁵¹. Este mismo análisis procede, por tanto, para la evaluación de la aplicación de la medida de internación.

Igualmente, el juez se encuentra en el deber de evaluar razonadamente la situación que tendría el extranjero condenado expulsado en el país de destino. Esto implica que el extranjero expulsado no se encuentra expuesto a un riesgo o peligro, en el país de destino, de su vida, integridad física o psíquica, salud, o bien, podría estar expuesto a discriminación por alguna de las categorías prohibidas, que implicarían exponerlo a la vulneración de su derecho a no ser objeto de torturas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, o bien, que su vida o la de su familia sean puestos en peligro.

En consecuencia, la determinación de la pena sustitutiva de expulsión debe estar sujeta a ponderación por parte del juez.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sido reiterada en el sentido de sostener que el juez, al evaluar la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena sustitutiva de expulsión en el caso de los extranjeros, debe efectuar una ponderación. En efecto, esta jurisprudencia ha establecido que, “atendiendo a su vez a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, [debe matizarse] el pretendido automatismo del legislador, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los

⁵¹ “[E]l Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso “al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (artículo 18 de la Constitución Española), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39 de la Constitución Española) en relación al mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño”, STS 3811/2020, 19 de noviembre de 2020. FJ 2°.

derechos fundamentales del condenado. Ello exige que, para resolver sobre la sustitución, se cumplan los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación (STC 203/97, de 25 de noviembre y SSTS 588/2012, de 29 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 165/09, de 19 de febrero; 35/07, de 25 de enero; 832/06, de 24 de julio; 274/06, de 3 de marzo; 710/2005, de 7 de junio; 514/05, de 22 de abril; y 901/04, de 8 de julio).”⁵²

Incluso esta jurisprudencia ha desarrollado la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, base del Estado de derecho contemporáneo, en los casos de determinación de la pena sustitutiva de expulsión mediante una resolución inmotivada, cuyo razonamiento resulta igualmente aplicable a la determinación de la medida de internación, mediante una resolución que no es debidamente fundada. Por ejemplo, en la resolución que decreta la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión debe manifestar razonadamente que se ejercieron los derechos de acceso a la información, y acceso a la asistencia consular, antes de decretar la expulsión.

En efecto, el Tribunal Supremo español ha señalado lo siguiente:

“[E]n relación a la motivación de la resolución sobre expulsión, el Tribunal Constitucional destaca (STC 29/2017, de 27 de febrero) que "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurso en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria de los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).”⁵³

En este apartado, pretendemos evaluar la constitucionalidad de la medida de internación, a la luz del automatismo en su aplicación. El legislador no le deja margen al juez para la apreciación de las características personales del afectado y de las circunstancias del ilícito, lo que impide que el juez pueda ejercer su función jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales del extranjero condenado y expulsado y por lo tanto, que despliegue sus facultades conservadoras protectoras de los derechos fundamentales.

La ley N° 18.126 establece una norma especial, en el artículo 34, para los extranjeros⁵⁴. Dicha norma establece la posibilidad de sustituir la condena (inferior a 5 años) por la expulsión del territorio nacional. Esta sustitución puede ser declarada de oficio por el juez o a petición de parte. En la audiencia en que se discuta la sustitución de la pena será citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. La norma señala que para la implementación de esta medida (expulsión)

⁵² STS 3811/2020, 19 de noviembre de 2020. Fundamentos de Derecho, 2°.

⁵³ STS 3811/2020, 19 de noviembre de 2020. Fundamentos de Derecho, 2°.

⁵⁴ Vid. p. 2.

se oficiará al Departamento de Extranjería y Migración (DEM) y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma. ¿Cumple la medida de internación con el test de proporcionalidad? ¿Cuáles son las etapas que debe seguir el juez para realizar la ponderación en la medida de internación?

6.1. Fin constitucionalmente legítimo

Desde una perspectiva constitucional la internación no es una categoría reconocida en la Carta Fundamental que habla de arresto o detención (art. 19 N° 7 letra c y d). Asimismo, la restricción y privación a la libertad personal tiene un carácter excepcional, que queda supeditado a los casos señalados en la Constitución y la ley. En nuestro ordenamiento jurídico hay distintos tipos de pena o presidio tales como: a) Prisión: uno a sesenta días (faltas); b) Reclusión: sesenta y un días a 20 años y c) Presidio perpetuo: Este puede ser simple o calificado. La privación de libertad no puede ser arbitraria, la orden de detención o arresto debe emanar de funcionario competente.

El fin perseguido con la internación es constitucional, ya que lo que se busca con ella es concretar la expulsión, dentro de las atribuciones que el derecho público le reconoce a la competencia estatal. Lo anterior, se sostiene, primero, porque la internación es una categoría reconocida en diversos cuerpos legales que establecen los casos en que procede. En segundo lugar, hay que considerar el poder soberano del Estado, que permite tanto desde la Constitución como desde el derecho internacional, la expulsión de extranjeros. Sin embargo, los procedimientos de expulsión que incluye a la medida de internación, deben ser conformes a los derechos humanos de la persona extranjera, respetando garantías mínimas. En consecuencia, el análisis que debe hacerse es si la medida de internación cumple con los estándares mínimos que deben rodearla, esto es, si es necesaria, si es adecuada y si es proporcionada en sentido estricto.

6.2. Previsto por la ley

Para evaluar la constitucionalidad de la privación de libertad o internación para concretar la expulsión, no basta que esté consagrada en la ley, sino que tiene que ser conforme a los tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile y con pleno respeto a los derechos humanos o fundamentales, tal como dispone el artículo 5° inciso 2° de la Constitución. En este sentido, todos los jueces deben realizar un control de convencionalidad, incluidos los jueces en lo penal⁵⁵.

6.3. Adecuación de la medida

a) El ordenamiento jurídico contempla otros medios

La medida de internación, tal como ella está prevista en el artículo 34 de la ley 18.216, no es adecuada. La adecuación de la medida implica que es la única forma o la más idónea para lograr el fin legítimo perseguido, que es la expulsión. En efecto, el ordenamiento jurídico contempla otros medios igualmente eficaces que permite salvaguardar la eficacia o realización previsible de la pena sustitutiva de expulsión. Sin embargo, es la ley la que determina imperativamente, sin posibilidad

⁵⁵ Henríquez (2019), p. 337 y 343. Ver también, Silva (2020), pp. 275, 286 y 287.

de ponderación de la medida, la internación, arrojando, como consecuencia, un resultado contrario a la Constitución.

Se trata de una medida de aseguramiento del cumplimiento de una resolución judicial. Cabe tener presente que la justificación de la internación debe ser conforme a los estándares internacionales y realizarse con pleno respeto a los derechos fundamentales. ¿Existen otras medidas equivalentes que permitan asegurar el fin perseguido? A este propósito, el arresto domiciliario o la asignación a una residencia comunitaria o especialmente prevista para estos casos, o el sometimiento al control diario de la autoridad serían medidas idóneas para lograr el fin perseguido. Nuevamente, reiteramos que le corresponde al juez evaluar y justificar la internación ponderando adecuadamente las circunstancias particulares de cada caso y de cada extranjero afectado. En este sentido, el artículo 155 del Código Procesal Penal contempla medidas menos gravosas para la libertad personal y seguridad individual del extranjero, que serían igualmente eficientes para lograr la expulsión.

En estos casos, el enfoque interpretativo que deben adoptar los operadores jurídicos es siempre el que corresponde al principio *pro homine*, que conlleva interpretar la norma de la forma más favorable para los derechos de la persona extranjera, sobre todo considerando que ha sido objeto de un beneficio sustitutivo de la pena.

b) La ley deja caer el peso de la incertidumbre e ineficacia del Estado, en el extranjero condenado expulsado

La ley produce un efecto contrario a los derechos humanos, desde el momento en que le impone el peso de soportar las ineficiencias y faltas de la administración del Estado al extranjero que ha sido objeto de la pena sustitutiva de expulsión. De este modo, el Estado incumpliría su deber de garante de los derechos y la dignidad de las personas privadas de libertad, el cual se encuentra reforzado y redoblado, en el caso de grupos especialmente vulnerables, como son los extranjeros. De acuerdo al artículo 34 de la ley 18.216, el extranjero objeto de expulsión se ve expuesto a soportar un tiempo indeterminado de privación de libertad, mientras espera, sujeto a ningún parámetro, que la administración gestione su expulsión, con demasiado grado de incerteza e inseguridad para los derechos del extranjero en cuestión. En estos casos, el extranjero expulsado sufre todo el peso del poder, pero también de la eventualidad de la ineficacia del Estado. Como se verá más adelante, el juez se encuentra obligado a aplicar los principios de interpretación *pro homine* e interpretación conforme a los derechos fundamentales.

Esta situación antes descrita arroja un resultado contrario a la Constitución desde el momento en que el legislador genera una desproporción entre la carga que debe soportar el extranjero (la parte débil) respecto de la carga asignada al Estado (la parte fuerte), en circunstancias que existen dentro del ordenamiento jurídico, y por tanto, la posibilidad de aplicarlas, otras medidas de aseguramiento, que podrían alcanzar el mismo fin. Por lo tanto, adicionalmente, la regulación que realiza el legislador conduce a una afectación al principio de igualdad y prohibición de la discriminación, ya que sólo el extranjero condenado expulsado e internado de

conformidad con el artículo 34 de la Ley 18.216 debe soportar esta carga especialmente gravosa.

c) La medida de internación debe ser debidamente motivada justificando las razones concretas de la medida

La aplicación de la medida de internación, tal como ella ha sido prevista por el Legislador, no supera el test de racionalidad, tanto en cuanto la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión apunta a reemplazar la forma de ejecución de la pena originalmente impuesta, que es la pena privativa de libertad. En este sentido, cabe tener presente que el Tribunal Supremo español ha afirmado que la pena sustitutiva de expulsión como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad “no es propiamente una pena impuesta sino una conmutación en su forma de ejecución”⁵⁶.

Sin embargo, lo que se produce en la práctica de la aplicación de la norma del artículo 34 de la ley 18.216, es que tal conmutación no opera. En efecto, en la realidad práctica, la aplicación automática de la internación, en los casos en que se decreta la expulsión del extranjero, conduce a reemplazar una pena privativa de libertad de duración definida (la condena) por otra medida privativa de libertad de duración indefinida (la internación). En este sentido, es posible hacer la analogía con los requisitos para la determinación de la pena sustitutiva de expulsión en caso de extranjeros condenados que establece el Tribunal Supremo español. En efecto, este Tribunal razona de la siguiente manera:

“[Q]ue no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva, prevista en el artículo 89.1 del Código Penal, sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso.”⁵⁷

En consecuencia, el mismo razonamiento puede ser aplicado a la determinación de la medida de internación por parte del juez. En este caso, no resulta posible una aplicación mecánica del artículo 34 de la ley 18.216 porque el automatismo es contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema procesal penal así como a los derechos esenciales de contradicción, de audiencia, de defensa y de motivación de las decisiones judiciales, la cual debe ser adecuada a las circunstancias concretas del caso.

La norma en comento carece, a su vez, de garantías mínimas del debido proceso, no se establece la revisión judicial de la medida privativa de libertad, esto es, la internación, para reevaluar las condiciones que llevaron a su dictación.

⁵⁶ STS 3811/2020, 19 de noviembre de 2020. Fundamentos de Derecho, 2º.

⁵⁷ STS 3811/2020, 19 de noviembre de 2020. Fundamentos de Derecho, 2º.

Asimismo, tampoco existe la obligación de solicitar informe al DEM, ni Gendarmería, del estado de cumplimiento de la medida impuesta (expulsión) a través de condiciones verificables. Esto es, del todo necesario ya que es el Estado quien tiene la carga de cumplir la ejecución de la expulsión, de la manera más expedita posible y del modo menos gravoso para el extranjero que no reside legalmente en el país, tomando en cuenta su pertenencia a un grupo especialmente vulnerable, que podría ser objeto de abusos por parte del Estado. Todo ello conlleva una vulneración al acceso a la justicia reconocido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y por la vía del artículo 5° inciso 2° del mismo texto, en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6.4. La necesidad de la medida de internación

La necesidad de la misma implica que dentro de todas las medidas posibles para lograr el objetivo no haya ninguna menos perjudicial al derecho a la libertad personal. En otras palabras, se satisface el criterio si el juez demuestra que esta es la única medida posible para asegurar la ejecución de la expulsión.

La aplicación automática de la medida de internación, la que pareciera sugerirse de los términos “se ordenará” que utiliza la ley, conduce a la no realización de un juicio de ponderación en su elemento de la necesidad. El juez debería evaluar si la medida de internación es necesaria para cumplir el fin perseguido por ella, a la sazón, asegurar la realización de la ejecución de la pena sustitutiva, o, si bien, existe otra medida menos gravosa o perjudicial para los derechos fundamentales del afectado, y que permita satisfacer el mismo fin de la realización de pena sustitutiva. En este sentido, hay que considerar todas las medidas cautelares contempladas en el Código Procesal Penal en el artículo 155 y siguientes.

6.5. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

a) Una orden de internación sin límite de tiempo o un plazo sin parámetros objetivos y predecibles

La proporcionalidad de la medida implica que la restricción a este derecho no puede ser excesiva ni exagerada si es puesta en la balanza respecto del fin perseguido. La medida de internación no satisface el principio constitucional de proporcionalidad. La ley no fija un límite de tiempo y tampoco permite que el juez, razonablemente, fije un límite de tiempo a la medida de internación de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso.

Tal como se ha analizado precedentemente, en cuanto al requisito de la temporalidad de la medida de privación de libertad esta no puede ser indefinida, es más, tiene que tener una duración lo más breve posible y ser reevaluada periódicamente. Además, la medida tiene que ser susceptible de permanente revisión judicial.

En efecto, no existe una limitación temporal de la privación de la libertad, ya que la norma señala de forma expresa “hasta la ejecución de la misma”. Es decir, esta medida de internación queda entregada a la arbitrariedad del Estado, ya que queda supeditada al momento incierto de cuando el Estado quiera o pueda concretar la expulsión. Cabe recordar que desde el enfoque de Derechos Humanos,

la privación de libertad debe ser interpretada como teniendo un carácter temporal, no puede ser indefinida o supeditada a la voluntad del agente estatal llamado a concretar la expulsión y, además, debe cumplir con los principios de proporcionalidad y necesidad.

Reiteramos, en el caso específico de las internaciones para llevar a cabo la medida de expulsión, la restricción a la libertad personal no puede ser excesiva ni exagerada. En caso que existan medidas menos gravosas para el derecho del extranjero condenado y expulsado y dichas medidas logran cumplir el objetivo, deben preferirse éstas por sobre las más gravosas, como por ejemplo la firma mensual, el arresto domiciliario, la libertad vigilada.

Incluso más, desde la perspectiva de los estándares ya mencionados, la prolongación indeterminada de la detención o privación de libertad del extranjero objeto de expulsión, dependiendo de las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares del afectado, podría llegar a significar un tratamiento cruel, inhumano y degradante atentatorio en contra de su dignidad y sus derechos, que vulneraría los artículos 1°, 5° y 19 N° 1, 2, 3, 9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1°, 2°, 3°, 7°, 8°, 9° y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 7°, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) La medida de internación debe cumplirse en lugares separados de los condenados o procesados comunes

El cumplimiento de esta medida debe hacerse en lugares distintos a donde se encuentren personas acusadas o condenadas por crímenes o simples delitos. Este es un criterio de ponderación en lo que respecta al elemento específico de la proporcionalidad *stricto sensu* de la medida. En este sentido, la medida de internación es desproporcionada porque ésta se cumple o puede cumplirse en los mismos recintos que ocupa el resto de la población carcelaria, en circunstancias tales que la aplicación del art. 34 de la Ley 18.216 está prevista como un beneficio para el extranjero condenado.

Sería proporcionado si la medida de aseguramiento de la expulsión del extranjero se cumplieron en lugares separados de las personas acusadas o condenadas por crímenes o simples delitos, o en recintos especiales de internación. ¿Resulta proporcionado que las personas procesadas estén separadas de las condenadas, mientras que los extranjeros beneficiados con el art. 34 de la Ley 18.216 no lo están? Parece razonable pensar que el extranjero que ha sido condenado y que ha sido objeto de la medida sustitutiva de la pena de expulsión pueda aguardar la ejecución de la misma sujeto a medidas de aseguramiento de menor envergadura y más proporcionadas a su situación particular, tales como la presentación para el control diario de la autoridad o el arresto domiciliario.

En este sentido, cabe tener presente que el juez debe siempre aplicar los siguientes estándares de derechos humanos para extranjeros y su privación de libertad, mientras se procede a su expulsión decretada por la autoridad administrativa o judicial:

- a) La privación de libertad del extranjero expulsado sólo procederá cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de la expulsión, considerando que el Estado que expulsa debe adoptar las medidas para facilitar la salida voluntaria del extranjero.
- b) En consecuencia, la resolución que decrete la privación de libertad del extranjero debe ser suficientemente motivada, debiendo siempre estar basadas en razones objetivas, sin discriminación.
- c) La detención del extranjero no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.
- d) El extranjero debe estar separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.
- e) La detención o privación de libertad debe realizarse en lugares y con condiciones apropiadas, considerando el propósito perseguido.
- f) La duración de la detención debe ser por tiempo acotado, fijado por el tribunal, y limitado a lo estrictamente razonable, proporcionado y necesario para la ejecución de la medida de expulsión, justamente, considerando el propósito perseguido.
- g) Quedan prohibidas las privaciones de libertad de duración excesivas, lo que debe ser evaluado por el tribunal.
- h) La privación de libertad del extranjero sujeto a expulsión debe ser evaluada regularmente por el juez, de acuerdo con los plazos previamente establecidos.
- i) Si la expulsión se revela que no puede llevarse a cabo dentro de un plazo razonable, por razones inimputables al extranjero, debe ponerse fin a la privación de libertad.

7. Principios de interpretación aplicables a la medida de “internación”

En este apartado nos proponemos abordar la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los principios de interpretación aplicables? A continuación se desarrollan algunos principios de interpretación que deberían ser utilizados por los jueces al momento de aplicar el artículo 34 de la Ley 18.126, como garantes de los derechos fundamentales de las personas, especialmente, considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los extranjeros y migrantes ante la vulneración de sus derechos.

Es importante señalar, que los estándares desarrollados y los principios enunciados deben aplicarse por los órganos jurisdiccionales, realizando un control de convencionalidad, al momento de determinar la medida de internación, en especial considerando que es una medida que restringe un derecho fundamental, asegurado por la Constitución, que conlleva la privación de libertad de una persona⁵⁸.

⁵⁸ Núñez (2015), pp. 157-169; Nogueira (2013), pp. 221-270; Aguilar Cavallo (2013), pp. 721-754.

Un ejemplo de realización del control de convencionalidad por parte de la Corte Suprema, se encuentra en el párrafo siguiente:

“Que en tales circunstancias es preciso determinar si existe antinomia en las disposiciones constitucionales y legales, sobre la base específica de los supuestos fácticos de este recurso.

Es así que corresponde precisar si la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975, antes transcrita, en este caso guarda armonía con las disposiciones constitucionales que disponen que las “personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; que es “deber del Estado ... dar protección ... a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación ...” (artículo 1°, inciso primero y final); que la “Constitución asegura a todas las personas: 2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, agregando: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Debiendo tenerse, además en consideración, la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Política y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual ya ha sido transcrita [...] Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio se ese derecho”⁵⁹.

Del mismo modo, existen ejemplos concretos de realización del deber de efectuar un control de convencionalidad, tanto normativo como interpretativo, que han emanado de la Corte Suprema, precisamente, en casos de libertad ambulatoria y de seguridad individual de extranjeros y migrantes⁶⁰. En este sentido, la Corte Suprema ha dictado sentencia utilizando el criterio desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionado con el derecho a desarrollar su proyecto de vida, estándar que es particularmente intenso en el caso de grupos especialmente vulnerables como los migrantes. En efecto, el párrafo correspondiente reza como sigue;

“3°) Que, en tal sentido, se configura una perturbación a la libertad personal, al impedirse el ingreso al país por la autoridad administrativa. En el caso *sub lite*, el actuar de la recurrida restringe la libertad de las amparadas para poder ingresar al territorio nacional, afectando su libertad ambulatoria y de desarrollar su proyecto de vida

⁵⁹ Corte Suprema Causa Rol N° 12130- 2018, C. 7° y 9°, sentencia de 12 de julio de 2018.

⁶⁰ Riveros, Edgardo y Llanos, Hugo: “Importante fallo de la Corte Suprema sobre recurso de amparo y migración”. Disponible en: <<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/importante-fallo-de-la-corte-suprema-sobre-recurso-de-amparo-y-migracion/>> [Visitado el 16/3/2021]

en el lugar que decidan, razón por la cual se acogerá el amparo solicitado”⁶¹.

Como se ha mencionado, el concepto de proyecto de vida y el estándar del derecho a desarrollar el proyecto de vida ha sido desarrollado extensamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶².

En otra sentencia relacionada con personas migrantes, la Corte Suprema ha utilizado los principios provenientes del DIDH en la materia, tal como aparece de párrafo siguiente:

“Concurre a la confirmatoria teniendo además presente que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución 2/18 sobre Migración Forzada de Personas Venezolanas, se ha referido expresamente acerca de la diáspora como consecuencias del atropello de los derechos humanos que afecta a los naturales de esa nacionalidad.

El citado instrumento es un antecedente internacional suficiente para entregar el reconocimiento del principio universal de acoger a los amparados en Chile, en base a los efectos de los Principios de No Retorno y No Devolución en Frontera en los términos de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, lo que se ve complementado con lo atinente de la Nota de ACNUR para los Refugiados que solicita a los Estados la aplicación del Principio de No Retorno y los alienta a que consideren los mecanismos orientados a la protección que les permita una estancia legal a los venezolanos, con las salvaguardas adecuadas”⁶³.

Incluso, la Corte Suprema ha sido aun más clara en su abordaje de esta articulación entre el derecho internacional y el derecho interno, señalado que el anclaje en la Constitución, para hacer procedente el control de convencionalidad y la aplicación del DIDH reside en el artículo 5° de la Constitución. En efecto, el máximo tribunal ha indicado lo siguiente:

“9°: [...] En efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de

⁶¹ Corte Suprema, Rol N° 14.571-2021, C. 3°, sentencia de 4 de marzo 2021.

⁶² Corte IDH: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999, C. 191. Entiende que el proyecto de vida conlleva unas mínimas condiciones de vida digna que permitan el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, agrega todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. A su vez ver, Corte IDH: Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, que cuantifica el daño sufrido al proyecto de vida por la impunidad de los responsables y falta de reparación del daño ocasionado con la vulneración de derechos humanos.

⁶³ Prevención ministro Sr. Zepeda, Corte Suprema, Rol N° 16.901-2021, sentencia de 2 de marzo 2021. En el mismo sentido prevención de los Ministros Sr. Brito y Zepeda, Corte Suprema Rol N° 14.494-2021, sentencia de 1 de marzo 2021.

respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5o de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1o, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra [...]

[...] Además, de citar el Código Civil en sus artículos 58 y 59 donde se distinguen las personas domiciliadas y transeúntes, siendo el primero el ánimo real o presuntivo de permanecer en el país y los Tratados Internacionales ratificados por Chile como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, la Convención de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁶⁴.

Por último, en una clara utilización de la regla de oro en materia de interpretación de los estándares de derechos humanos, como se verá a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha afirmado el principio según el cual deben interpretarse en forma restrictiva las limitaciones a los derechos fundamentales, tales como la libertad ambulatoria o la libertad personal. En efecto, la parte particularmente ilustrativa señala:

“4º Si bien le corresponde al Estado decidir a quién admite en su territorio y la situación migratoria de los extranjeros, tales límites al derecho de ingreso de éstos al país, no pueden comprometer la esencia del derecho de la libertad ambulatoria y no debe invertirse la relación entre el derecho y su restricción, esto es, entre la norma y la excepción, por cuanto estas últimas deben ser necesariamente aplicadas para proteger los derechos sustanciales, debiendo las restricciones o excepciones al ingreso, adecuarse al principio de proporcionalidad que la función protectora que garantiza el derecho fundamental, manifestado en el caso de autos con la autorización para el otorgamiento de la Visa de Responsabilidad Democrática en los términos autorizados por la Ley. [...] En el caso sub lite, la resolución recurrida restringe la libertad de los amparados a ingresar al territorio nacional, limitando su libertad ambulatoria y de desarrollar su proyecto de vida en el lugar que decidan”⁶⁵.

Cabe recordar que los órganos del Estado están vinculados por la Constitución y los derechos humanos, en virtud del principio de supremacía constitucional y fuerza vinculante. En resumen, la Corte Suprema marca la pauta en cuanto a la aplicación de los estándares internacionales relacionados con extranjeros y migrantes y aplica los principios de interpretación en derechos humanos que a continuación especificaremos. Si la Corte Suprema realiza un

⁶⁴ Corte Suprema, Rol N° 150.595-2020, C. 9º, sentencia de 1 de marzo 2021.

⁶⁵ Corte Suprema, Rol N° 14.497, C. 4º, sentencia de 26 de febrero 2021.

efectivo control de convencionalidad en casos vinculados con migrantes, con mayor razón este control debería ser por los jueces de garantía.

7.1. Interpretación *pro homine*

¿Cómo debería razonar el juez al aplicar la pena sustitutiva de expulsión y la medida de internación en el caso del inciso 2° del artículo 34 de la ley 18.216? Sin duda que en este caso el principio *pro homine* constituye la regla de oro⁶⁶.

De acuerdo con el principio *pro homine* el juez debe interpretar la norma de la manera más favorable o menos restrictiva a los derechos de la persona humana, en este caso, de la manera más favorable o menos restrictiva al derecho a la libertad personal del extranjero condenado sujeto a la expulsión.

En definitiva, entre varias opciones de interpretación, el juez debe preferir aquella que limite en menor medida el derecho, logrando el fin perseguido. Es decir, la restricción es proporcional a la motivación de la medida y se circunscribe al objetivo que se quiere lograr. A modo de ejemplo podemos indicar:

“Resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Como puede apreciarse, la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, máxime si la propia autoridad que ahora lo niega permanece sin cumplir el decreto y la resolución de expulsión por años en un caso y meses en otro, lo que importa del Estado de Chile una aceptación de la permanencia de los padres de la menor cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio”⁶⁷.

7.2. Interpretación de acuerdo a la debida diligencia

De acuerdo con este principio el juez debe aplicar un enfoque de derechos humanos en la interpretación del artículo 34 de la Ley 18.216. En este sentido, la pertenencia del extranjero y migrante a un grupo especialmente vulnerable debe considerarse al momento de aplicar la pena sustitutiva de expulsión y de decretar la medida de internación. Al momento de adoptar estas decisiones, el órgano jurisdiccional debe cumplir con el deber de debida diligencia, respetando los estándares mínimos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, entre otros, el deber especial de cuidado al que está obligado respecto de los grupos vulnerables.

⁶⁶ Nogueira y Aguilar (2016), pp. 13-43.

⁶⁷ Corte Suprema Causa Rol N° 7580-2012, C. 8°, sentencia de 22 de enero de 2013.

En este sentido, vale la pena tener presente el criterio fijado por la Corte Suprema de la manera que sigue:

“Que el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1° y 4, [...] Que, si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los pobres de zonas urbanas y rurales; las mujeres (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979); los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989); las personas con discapacidad (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006); los refugiados y las personas internamente desplazadas; y los pueblos indígenas (Folleto Informativo N° 35: “El derecho al agua”, op. Cit., páginas 19 a 26). Que, respecto de estos grupos y categorías protegidas, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. De esta manera, el Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los demás órganos competentes debe asegurar la provisión de, a lo menos, 100 litros diarios por persona, respecto de estos grupos o categorías protegidas, modificando los criterios y requisitos establecidos en el Oficio Ordinario N° 18.087 de 31 de diciembre de 2016 de la Subsecretaría del Interior, a fin de garantizar el acceso del vital elemento a favor de estos grupos”⁶⁸

7.3. Interpretación conforme a la Constitución y al DIDH

Asimismo, otro principio de interpretación que aparece como relevante para motivar la medida de internación corresponde a la interpretación conforme. De acuerdo con el principio de interpretación conforme a los derechos humanos el juez debe interpretar las normas a la luz de y en conformidad con los estándares provenientes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los migrantes.

En la aplicación de la norma legal, debe considerar los estándares internacionales y regionales mencionados supra, tales como la última ratio de la privación de la libertad para asegurar la expulsión, la revisión judicial de la medida de privación de libertad, el plazo razonable al que debe estar supeditada la medida. Asimismo, este principio conlleva una armonización del contenido constitucional y de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, considerando, entre otros, la jurisprudencia de la Corte IDH, la vulnerabilidad de los extranjeros y

⁶⁸ Corte Suprema Causa Rol N° 72.198-2020 C. 7°, 10°, 11°, sentencia de 18 de enero de 2021.

migrantes y el deber reforzado de protección de este grupo en lograr la eficacia de sus derechos.

Un ejemplo de interpretación conforme realizado por la Corte Suprema consiste en el siguiente.

“Que, además, las acciones civiles aquí entabladas por las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los detrimentos ocasionados, encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.”

“Que es así como se impone un deslinde y un deber de actuación a los Poderes Públicos, y en especial al Jurisdiccional local, en tanto los tribunales no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin uso las del derecho internacional que reconocen el acceso ineludible a la reparación, ya que ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.”⁶⁹

7.4. Principio de ponderación

Tal como ya hemos desarrollado ampliamente en el punto 6 precedente, un tercer medio de interpretación sería el principio de ponderación: a) Sobre la decisión de sustituir la pena privativa de libertad por expulsión; b) Sobre la decisión de “internación” del extranjero hasta la ejecución de la expulsión.

El juez debería proceder a “una ponderación de circunstancias relativas tanto al delito cometido como a la persona de sus responsables, para decidir su expulsión en sustitución de la pena de prisión procedente” así como al momento de decretar la orden de internación. Como hemos sostenido, de acuerdo con la jurisprudencia española, habría que ponderar, entre otros, los siguientes factores:

- a) “Las circunstancias personales, familiares y laborales del penado
- b) La duración de la pena y tipo de delito por el que se ha condenado.
- c) La necesidad de cumplimiento para impedir generar situaciones de impunidad.
- d) En delitos menos graves o penas de corta duración – máximo dos años-, la posibilidad de reinserción del penado mediante la suspensión con imposición de obligaciones o prestaciones comunitarias, y
- e) La situación político/social del país de origen del penado y posible riesgos para su persona en caso de regreso al mismo.”

⁶⁹ Corte Suprema: Rol N° 8642-15, sentencia de fecha 21 de marzo de 2017. Considerando 72 y 73.

CONCLUSIONES

La pregunta principal planteada en este análisis era la siguiente: ¿Es compatible el régimen de internación previsto en el artículo 34 de la ley 18.216 con los estándares de derechos humanos?

El mencionado artículo 34 no es conforme a los derechos humanos o fundamentales de las personas migrantes, la medida de internación puede llevar a la vulneración de otros derechos fundamentales como salud física y mental, unidad familiar, entre otros.

Los fundamentos que llevan a sostener aquello es que la norma nacional no se condice con los estándares que emanan del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior basado, en que la privación de libertad, para lograr la expulsión, a través de la internación tiene un carácter imperativo y no de última ratio. Las garantías judiciales de las personas extranjeras y migrante afectadas por esta medida no son conformes a estos estándares, ya que no existe un plazo determinado de duración de la internación, quedando al arbitrio del Estado de la concreción. Esto es contrario al estándar de que la afectación de la libertad debe tener duración lo más breve posible y ser reevaluada periódicamente. Además, la medida tiene que ser susceptible de permanente revisión judicial.

Ninguno de estos estándares es cumplido por el artículo 34, en razón de que limita el ámbito de la acción del operador jurídico que no puede ponderar la necesidad de la medida de internación con el objeto último perseguido. A su vez se ve restringido, por la interpretación de los tribunales, de revisar y sustituir la medida de internación cuando el Estado no ha concretado la expulsión. El juez, es un mero espectador de la discrecionalidad del cumplimiento de este supuesto beneficio, ya que carece de herramientas jurídicas para efectivamente cumplir su rol de fiscalizador de la medida de sustitución de la pena.

Otro elemento, contrario a los derechos humanos, es que la dilación indefinida de la privación de libertad es una carga que soporta el expulsado, cuando el llamado a cumplir con la expulsión es el Estado. Esto carece de toda razonabilidad, ya que el peso de la ejecución tardía o suspensión de la expulsión debe ser asumido por Estado y no el expulsado.

Llama la atención el criterio adoptado por la Corte Suprema, quien conociendo de acciones de Amparo y acogiéndolas, no dispone la libertad del expulsado u ordena la sustitución de la internación por otra medida menos gravosa. La interpretación que realiza no solo es inconvencional sino que también inconstitucional. Los operadores jurídicos, como intérpretes del Derecho no solo están vinculados por la ley sino que también por la Constitución y Tratados Internacionales, cuyo contenido es vinculante y obligatorio.

No deja de ser menos grave, la falta de pronunciamiento de las diversas situaciones fácticas o de derecho que llevan a situaciones de vulneración de derechos de grupos vulnerables, y el rol que el Estado tiene respecto de estar personas para asegurar la eficacia de sus derechos.

Ahora bien, cabe agregar que en caso que la persona migrante cumpliera la condena, de todas formas sería expulsado por aplicación de la Ley de Extranjería vigente. En esta expulsión administrativa también puede ser objeto de privación de libertad y se encuentra sujeta a todos los estándares desarrollados en este texto.

El artículo 34 inciso 2° de la Ley 18.216 arroja una consecuencia derivada de su aplicación contraria a la Constitución y a los estándares mínimos en materia de derechos humanos o fundamentales aplicables en el contexto de expulsión. En efecto, la parte final del inciso 2° del artículo 34 que se estima inconstitucional reza como sigue. “[...] y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.”

Por una parte la internación no es una categoría consagrada en la Carta Fundamental, ha sido desarrollado a nivel legal. Sin embargo, a diferencia de los que sucede con el artículo 34, en las otras regulaciones legales la privación de la libertad está sometida a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Ninguno de ellos fue considerado por el legislador para la situación especial del extranjero. Cabe agregar que este concepto de internación proviene del derecho comparado, particularmente de la legislación española.

Por otra parte, la Constitución establece ciertos plazos de duración de la privación de libertad de una persona. La decisión, más bien la omisión del legislador de establecer un plazo máximo de duración de la internación, genera una discrecionalidad al actuar de la autoridad llamada a concretar la expulsión. Ello en razón de que este vacío ha sido suplido por los jueces mediante plazos judiciales que rara vez son cumplidos por la autoridad y el incumplimiento de dicho plazo son justificados con la sola aseveración de una imposibilidad de cumplir.

Además, la Carta Fundamental establece como regla general en el artículo 19 la libertad del individuo. Para privar a una persona de libertad, a cualquier título, se requiere de decisión fundada de autoridad competente -que cumpla los demás requisitos constitucionales-, particularmente, emanada del juez. El juez está llamado a determinar la necesidad de la privación de la misma, sopesando diversos factores de hecho y jurídicos. En la ley N° 18.126 el juez es obligado a decretar la internación sin que pueda ejercer su función jurisdiccional de forma adecuada, la automaticidad de la internación impide una real motivación de su decisión de decretarla basándose en la necesidad de la medida considerando el fin perseguido. La ley, no el juez, anticipadamente al caso concreto, determina imperativamente la medida de internación, sin que el juez pueda ponderar la adecuación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, atendidas las circunstancias singulares de cada caso, y, particularmente, teniendo en cuenta el principio de prohibición de la discriminación. En el caso del artículo 34 inciso 2° el legislador no le deja al juez posibilidad de ponderación, ni en la razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, ni en la razonabilidad, adecuación, necesidad y

proporcionalidad del modo concreto de ejecución de la privación de libertad o internación.

Cabe reiterar que los derechos asegurados por la Constitución tienen como titulares tanto a chilenos como extranjeros. En este último caso indistintamente de su condición migratoria (residente legal o no). Además, no admite la discriminación arbitraria y consagra la igualdad ante la ley.

Este derecho constitucional también se vería afectado por el artículo 34, ya que la justificación de no establecer un plazo legal de duración de la internación y un régimen efectivo de control de la medida no obedece a una argumentación razonable. Si analizamos las otras leyes y reglamentos que contemplan la internación, están revestidas de garantías judiciales que buscan proteger a la persona. En el caso del artículo 34 esto no se produce. Claramente, el legislador ha incurrido en una discriminación arbitraria basada en la nacionalidad y calidad de migrante irregular que tiene las personas afectadas por la expulsión y consecuente medida de internación, lo que profundiza la criminalización de la migración irregular. La discriminación que realiza la norma en comento no solo es inconstitucional sino que inconvencional.

Bibliografía

Artículos

1. Aguilar Cavallo, Gonzalo, & Nogueira Alcalá, Humberto (2016): "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa", en *Revista de Derecho Público*, (84), pp. 13-43. doi:10.5354/0719-5249.2016.43057
2. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2013): "Control de convencionalidad: análisis en derecho comparado", en *Revista Direito GV*, Vol. 9, N°2, pp. 721-754.
3. Díaz Tolosa, Ingrid Regina (2016): "Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales", en *Estudios Constitucionales* (Año 14, N°1), pp. 179-220.
4. Henríquez Viñas, Miriam (2019): "El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XIX), pp. 327-355.
5. Nogueira Alcalá, Humberto (2013): "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *ReDCE*, Año 10, N°19, pp. 221-270.
6. Núñez Donald, Constanza (2015): "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 11, pp. 157-169.
7. Rebolledo Latorre, Lorena (2014): "El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes" en *Revista Jurídica del Ministerio Público* (N°60), pp. 119- 133.
8. Silva Abbott, Max (2020): "¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 18, N°2), pp. 265-308.

Libros y/o capítulos de libros

1. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual* (2014): Jane Felipe Beltrão; Jose Claudio Monteiro de Brito Filho; Itziar Gómez; Emilio Pajares; Felipe Paredes y Yanira Zúñiga (coords.), (Red de Derechos Humanos y Educación Superior).
2. Estupiñan-Silva, Rosmerlin (2014): "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", en *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, pp. 193-231.
3. Gómez Fernández, Itziar (2014): "Las migraciones como objeto de interés de las políticas públicas: un enfoque de derechos humanos", en *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, pp. 235-273.

Documentos

1. Boletín N° 8.970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería.
2. Boletín N° 5838-07. Primer Informe de la Comisión de Constitución, 5 de abril de 2011.

3. Boletín 5838-07. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, 24 de enero de 2012. Historia de la ley N° 20084, [Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5762/HLD_5762_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf] [consultado el 10 de diciembre de 2020].
4. OIM, Glosario de términos N° 10 [disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf] [consultado el 10 de diciembre 2020].
5. OIM, “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias”, VII Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de julio de 2007.
6. ONU: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto 11/04/86, 1986.
7. ONU: Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
8. ONU, Asamblea General, Observación General 15 A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000.
9. ONU (2014): Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66° período de sesiones (2014): Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, con comentarios (A/69/10), 2014, A/69/10. [Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/5915f0e84.html>] [Consultado el 11 diciembre 2020].
10. ONU, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General N° 2, 28 de agosto de 2013.
11. Presno Linera, Miguel Ángel: “Consideraciones jurídicas sobre la expulsión de extranjeros condenados en España”, en The Conversation, 16 de enero de 2019. [Disponible en: <https://theconversation.com/consideraciones-juridicas-sobre-la-expulsion-de-extranjeros-condenados-en-espana-109896>] [Consultado el 3/12/2020].

Normas jurídicas

1. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990 , publicada Diario Oficial 8 de junio de 2005.
2. Decreto Ley N° 1094 establece normas sobre extranjeros en Chile, Diario oficial 19 de julio de 1975.
3. Decreto N° 597 Aprueba nuevo reglamento de extranjería, Diario Oficial 24 de noviembre de 1984.
4. Ley N° 20.084, artículo 16, Diario Oficial 7 de diciembre de 2005.
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, publicado en Diario Oficial 29 de abril de 1989.

Jurisprudencia

1. Corte de Apelaciones Antofagasta: Nieto/Migración y Policía Internacional, Causa Rol N° 19-2020, sentencia de 13 de febrero de 2020.

2. Corte de Apelaciones Antofagasta: Rojas y otra/Juzgado de Garantía Antofagasta y otro, Causa Rol N° 91-2020, sentencia de 18 de mayo 2020.
3. Corte de Apelaciones de Antofagasta: Carrillo/PD, Causa Rol N° 111-2020, sentencia de 1 de junio de 2020.
4. Corte de Apelaciones de Antofagasta: Crespo/PD, Causa Rol N° 113- 2020, 1 de junio de 2020.
5. Corte de Apelaciones Antofagasta: Arias/PD, Causa Rol N° 114-2020, 28 de mayo de 2020.
6. Corte de Apelaciones de Antofagasta: Cedeño/PD, Causa Rol N° 119-2020, 1 de junio de 2020.
7. Corte de Apelaciones de Arica: Min. Público Arica c/ Yonaiker Rafael Martínez Ramos Causa Rol N° 219-2020, sentencia de 30 de abril de 2020.
8. Corte de Apelaciones de Iquique: Salazar Madriz Edimar contra Intendencia Regional de Tarapacá y otro, Causa Rol N° 182- 2020, sentencia de 10 de noviembre de 2020.
9. CEDH: Affaire Saber et Boughassal c. Espagne. Requête N° 76550/13 et 45938/14. Arrêt 18 décembre 2018.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017): Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes.
11. CIDH: Resolución 4/2019 “Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas”, aprobada el 7 de diciembre 2019.
12. Corte IDH: OC- 18/03, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.
13. Corte IDH: OC-21/14 derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014.
14. Corte IDH: Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Fondo, sentencia de 19 de enero de 1995.
15. Corte IDH: Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de mayo de 1999.
16. Corte IDH: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999.
17. Corte IDH: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000.
18. Corte IDH: Caso Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de junio de 2002.
19. Corte IDH: Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004.
20. Corte IDH: Caso Tibi Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre 2004.
21. Corte IDH: Caso De la Cruz Flores Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de noviembre de 2004.
22. Corte IDH: Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005.

23. Corte IDH: Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005.
24. Corte IDH: Caso López Álvarez Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de febrero de 2006.
25. Corte IDH: Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de julio de 2006.
26. Corte IDH: Caso Vélez Loo Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010.
27. Corte IDH: Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2011.
28. Corte IDH: Caso Díaz Peña Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 26 de junio de 2012.
29. Corte IDH: Caso familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2013.
30. Corte IDH: Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013.
31. Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas Vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014.
32. Corte IDH Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de octubre de 2016.
33. Corte IDH caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de octubre de 2019.
34. Corte Suprema: Ernesto Almarales Rivero, Causa Rol N° 7580-2012, sentencia de 22 de enero de 2013.
35. Corte Suprema: Reservado, Causa Rol N° 70-14, sentencia de 08 de enero de 2014.
36. Corte Suprema: Maldonado Garrido Jordan contra juzgado de Garantía de Villa Alemana, Rol N° 2850-2018, sentencia de 20 de febrero de 2018.
37. Corte Suprema: Jessica Toro y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación, Causa Rol N° 12130- 2018, sentencia de 12 de julio de 2018.
38. Corte Suprema: Crespo Coyo Marina contra Juzgado de Garantía de Antofagasta, Causa Rol N° 63435-2020, , sentencia de 9 de junio de 2020.
39. Corte Suprema: Carrillo Canqui Gabriela contra Juzgado de Garantía de Antofagasta, Causa Rol N° 63436-2020, sentencia de 9 de junio de 2020.
40. Corte Suprema: Cedeño Valarezo Iván contra Juzgado de Garantía de Antofagasta, Causa Rol N° 63437-2020, sentencia de 9 de junio de 2020.
41. Corte Suprema: Arias Colorado Jhon contra Juzgado de Garantía de Antofagasta, Causa Rol N° 63363- 2020, sentencia de 10 de junio de 2020.
42. Corte Suprema: Pacheco González contra 13° juzgado de Garantía de Santiago, Causa Rol N° 20-2021, sentencia de fecha 5 de enero de 2021.

43. Corte Suprema: Gallardo / Anglo American sur S.A., Causa Rol N° 72.198-2020, sentencia de 18 de enero de 2021.
44. Corte Suprema: Raga Fontana Hernán y otra contra Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de chilenos en el exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, Causa Rol N° 14.497-2021, sentencia de 26 de febrero de 2021.
45. Corte Suprema: Ventura/Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile/ Dirección Regional Santiago, Causa Rol N° 150.595-2020, sentencia de 1 de marzo de 2021.
46. Corte Suprema: Aponte Jaramillo Roxana y otros contra Intendencia Regional de Tarapacá y otro, Causa Rol N° 14.494-2021, sentencia de 1 de marzo de 2021.
47. Corte Suprema: Salazar Orozco Yadira y otros contra Relaciones Exteriores, Causa Rol N° 16.901-2021, sentencia de 2 de marzo 2021.
48. Corte Suprema: Camacho Ana Mariela y otra contra Policía de Investigaciones, Causa Rol N° 14.571-2021, sentencia de 4 de marzo de 2021.
49. Tribunal Supremo: Sala penal sentencia n° 622/2020 de 19 de noviembre de 2020.