

EXTENSIÓN

Seminarios • Talleres • Encuentros

Seminario: DEFENSA PENAL DE INMIGRANTES

- La Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
- Defensa Legal de extranjeros frente a resoluciones administrativas sobre su permanencia
- El debate actual sobre la Reforma Migratoria en EE.UU.
- Atribuciones del Ministerio Público frente a Inmigrantes Víctimas del Delito de Trata de Personas
- Traslado de inmigrantes condenados en Chile hacia su país de origen
- Derecho de la migración e inmigrantes en el sistema penal en Europa

Nº 4 • Noviembre 2011

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

EXTENSIÓN

Seminarios • Talleres • Encuentros

SEMINARIO: DEFENSA PENAL DE INMIGRANTES

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile - Noviembre 2011

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O' Higgins 1449, piso 8, Santiago

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N°212.458
Santiago de Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-05-9 (Obra completa)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-31-8 (Volumen IV)

Producción y Edición:

Departamento de Estudios
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

Diagramación e Impresión:

Editorial Atenas Ltda.

ÍNDICE

Presentación	5
La Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.....	7
Defensa Legal de extranjeros frente a resoluciones administrativas sobre su permanencia.....	17
El debate actual sobre la Reforma Migratoria en EE.UU.	23
Atribuciones del Ministerio Público frente a Inmigrantes Víctimas del Delito de Trata de Personas	31
Traslado de inmigrantes condenados en Chile hacia su país de origen..	33
Derecho de la migración e inmigrantes en el sistema penal en Europa..	41

PRESENTACIÓN

En la actualidad los procesos migratorios han pasado a ser una temática destacada en el panorama internacional, especialmente en lo referente a los derechos y garantías en diferentes ámbitos. Unido a la integración económica, marcado por los tratados principalmente de libre comercio y a la creación de zonas económicas, se vislumbra un mayor movimiento de personas en el mundo. Esto ha provocado en Chile, como en otros países, la necesidad de establecer y aplicar una reglamentación específica que no sea discriminatoria y que a la vez permita aplicar la norma jurídico penal en el territorio nacional. La existencia de normas migratorias, en especial aquellas que se aplican a extranjeros que han sido objeto de una imputación penal, conlleva la necesidad de conocer y discutir en relación con su aplicación, de modo de procurar una aplicación adecuada del ordenamiento jurídico, considerando las normas internacionales en materia de garantías del debido proceso, particularmente el derecho a la protección consular garantizado por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y la aplicación del principio de no devolución, garantizado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención contra la Tortura.

Uno de los ámbitos en la sociedad debe poner mayor atención de la que se le ha prestado hasta ahora es el del sistema penal, ya sea por la existencia de tipos penales nuevos, por la forma de ejecución de otros, o por los instrumentos ya existentes aplicables a estos nuevos destinatarios. Es en este ámbito donde se producen conflictos, entre los ámbitos que corresponden a la autoridad administrativa y los que corresponden a la actividad jurisdiccional. A su vez, el control que corresponde sobre unos y otros. En la práctica en tanto, los inmigrantes se ven enfrentados a situaciones discriminatorias no por el marco jurídico aplicable sino por dificultades propias de su condición; carencia de redes sociales, situaciones migratorias de ilegalidad, u otras.

Este es un análisis que nos demanda un sistema democrático y un sistema procesal penal con una orientación en la protección de los derechos y garantías de los imputados. Igualmente al constituir este grupo, el de los migrantes, un grupo vulnerable requiere una especial atención tanto desde el derecho como desde los operadores de la justicia penal.

Para la Defensoría Penal Pública la defensa especializada, atendiendo al contexto y a las normas jurídicas aplicables, constituye una exigencia de su misión institucional. Por ello, es de importancia desarrollar las destrezas y dotar de conocimientos a los (as) defensores(as). Con tal objetivo el año 2010 se realizó un primer seminario sobre Sistema Penal y Migrantes¹, que contó con la participación de diversos servicios públicos que tienen injerencia en la situación de los migrantes en calidad de imputados o condenados por un delito. Asimismo, académicos, jueces y especialistas participaron en esta instancia de discusión inicial sobre diferentes aspectos de la temática. La normativa general aplicable a los inmigrantes, el Derecho Internacional y comparado, la su situación al ser sometidos a un proceso penal y al cumplimiento de una condena, fueron algunos de los temas abordados.

¹ Organizado por la Defensoría Regional Metropolitana Sur conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Proyecto ACCESO, California Western School of Law, Centro Heidelberg para Latino América y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Hemos seleccionado algunas de las ponencias allí expuestas, con el objeto de sintetizar y expandir los resultados de este encuentro. El Seminario se articuló en base a cuatro ejes: el Derecho Internacional y comparado en materia de extranjeros ante el sistema penal, las normas nacionales y administrativas vinculadas a la inmigración, la situación normativa de los inmigrantes expuestos a un proceso penal y la ejecución de penas impuestas a extranjeros.

Así, las ponencias que contiene esta publicación constituyen un material valioso para la defensa de inmigrantes, desde la aplicación de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares 1963 en Latinoamérica, hasta normas sobre traslado de condenados extranjeros. En efecto, en el ámbito internacional y comparado, se analiza la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha dado a la Convención sobre Relaciones Consulares, disponiendo el rango y la forma de aplicación de los derechos que aquella Convención le otorga a los extranjeros sometidos a un proceso penal en un país distinto al de su nacionalidad. Asimismo, se analizan la experiencia y normativa migratoria de un país europeo (Suiza) y Estados Unidos, respectivamente, y de las implicancias en materia penal. También se abordaron las consecuencias de la aplicación de normas de expulsión contenida en la normativa sobre extranjería en Chile (D.L. 1.094, de 1975, Decreto Supremo N° 597 del 14 de junio de 1984), y las facultades legales que un imputado tiene para enfrentarlas, tanto desde el ámbito administrativo como procesal penal. El Ministerio Público, a través de su Unidad Especializada de cooperación internacional y extradiciones, explicó que las atribuciones de este organismo frente a los inmigrantes se vinculaban principalmente a éstos, en su carácter de víctimas. Finalmente, y para el caso de los condenados, se pasa revista a los principales convenios suscritos por Chile para el traslado de condenados, y que tiene por objeto evitar las dificultades que enfrenta un extranjero que debe cumplir una condena en país ajeno. Se explicaron cuáles eran los requisitos exigidos en cada caso, y en fin, cuáles eran las principales dificultades, haciendo referencia a las complejidades del cumplimiento de condenas no privativas de libertad.

Esta publicación pretende ser un primer paso en la atención de la Defensoría Penal Pública y de los actores del sistema de justicia penal, deben dar a la situación de los inmigrantes enfrentados a un proceso penal. Por otra parte, aspira a ser un insumo para quienes ejercen labores de defensa penal. Además de ello, puede ser posible que este primer paso también concite el interés de los operadores y estudiosos de otras ramas del derecho que también deben desarrollarse teniendo presente los desafíos que plantea el aumento permanente de inmigrantes en nuestro país.

LA OPINIÓN CONSULTIVA 16/99 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA¹

1. Introducción

Sin dudas, a la hora de discutir el derecho a defensa del extranjero que reside irregularmente en Chile, el análisis no se agota en la normativa del derecho interno chileno, sino que es menester tener a la vista disposiciones relevantes del derecho internacional, no solamente en cuanto él obliga al Estado de Chile o puede servir para interpretar preceptos de garantía en el derecho interno, sino también porque en más de una ocasión el ordenamiento interno hace referencia expresa a los tratados internacionales o al derecho internacional en general como derecho aplicable por remisión.

Es con este trasfondo que para esta actividad sobre defensa penal de extranjeros se me ha pedido que me refiera específicamente a una resolución emanada de un tribunal internacional en cuanto interpreta un tratado internacional, en concreto a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 16/99² que interpreta la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares³; pues puede ser relevante para la aplicación del derecho en Chile.

La Opinión Consultiva 16/99 discute dos asuntos altamente relevantes respecto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: el primero, si ella regula derechos individuales de personas extranjeras y el segundo si, de ser así, ellos que quedan integrados en el catálogo de garantías necesarias para un debido proceso para la persona que se ve en situación de ser detenido o arrestado en un Estado distinto del que es nacional.

- 1 Profesora de Derecho Penal Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, actualmente adscrita al programa de Doctorado en Derecho.
- 2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-19/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en la marco de las garantías del debido proceso legal". En ><http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>< (consultada el 25 de abril de 2011). En adelante OC-16/99.
- 3 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, en ><http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>< (consultada el 25 de abril de 2011). El tratado fue ratificado por Chile el 9 de enero de 1967.

2. Antecedentes de la OC-16/99

2.1 Antecedentes normativos de la OC-16/99

2.1.1 Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer asunto a dilucidar es si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para emitir una Opinión Consultiva sobre eventuales derechos garantizados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Al efecto es relevante el artículo 64 N° 1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, conforme a la cual

“Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.

La consulta ha de referirse entonces a algún tratado regional o universal “*concerniente*⁴ a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, por lo que la discusión se centró en determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares cumple con ese estándar.

2.1.2 Normas relevantes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Resulta pertinente revisar, como antecedente, qué normas de Convención de Viena sobre Relaciones Consulares resultan atingentes al tema que nos convoca, la defensa penal de extranjeros, a fin de determinar si pueden ser consideradas como “concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.

En el art. 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se señala aquello en lo que consisten las labores consulares. En lo atingente a defensa penal de extranjeros, sus disposiciones más relevantes son:

“a) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean estas personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional [...]

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas [...]

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía [...]

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no pueden defenderlos oportunamente.”

El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que lleva por epígrafe “Comunicación con los nacionales del Estado que envía”, señala en su primer párrafo:

⁴ Cursiva de la autora.

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

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

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

2.2 Antecedentes de hecho de la OC-16/99

La Opinión Consultiva OC-16/99, que lleva como descriptor “derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso legal” fue emitida a solicitud de México.

El trasfondo fáctico en el que se basa la solicitud de esta Opinión Consultiva es que varios nacionales mexicanos no habían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas. Se ejemplifica lo anterior con varias personas que fueron condenadas a muerte en Estados Unidos.

Varios Estados, organizaciones no gubernamentales la Comisión de Derechos Humanos e incluso particulares hicieron llegar a la Corte sus opiniones sobre el particular.⁵

3. Puntos de la consulta

La consulta mexicana se refiere a varios puntos. El primero de ellos, que resulta ser el medular, es si puede entenderse que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene disposiciones concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos. En los puntos segundo, tercero y cuarto se solicita interpretación la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y se incluyen consultas sobre su vinculación con el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Los puntos cinco al diez de la consulta tienen por objeto a los artículos 2 al 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; mientras que los dos últimos puntos de la consulta se refieren a la interpretación de la Carta de la Organización de Estados Americanos y su relación con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

5 Presentaron escritos, en calidad de amici curiae, Amnistía Internacional, la Comisión Mexicana para la Defensa y Promoción de Derechos Humanos, Human Rights Watch/Américas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante “Cejiil”); Death Penalty Focus de California; Delgado Law Firm y el señor Jimmy V. Delgado; International Human Rights Law Institute de DePaul University College of Law y MacArthur Justice Center de University of Chicago Law School, Minnesota Advocates for Human Rights y Sandra L. Babcock, Bonnie Lee Goldstein y William H. Wright, Jr., Mark Cádiz, José Trinidad Loza, John Quigley y S. Adele Sank, Robert L. Steele, Jean Terranova, y Héctor Gros Espiell. Varios Estados (México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Estados Unidos), organizaciones y personas individuales asistieron a la audiencia.

4. La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Opinión Consultiva abarca varios puntos importantes en relación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

4.1 La Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer punto relevante es el de la competencia del tribunal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos decide pronunciarse sobre la consulta, con lo que estima que estamos ante un tratado que contiene “disposiciones concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos”. No acoge entonces lo sostenido por Estados Unidos en cuanto a que no siendo este un tratado que persiga la protección de los derechos humanos, sino regular las relaciones consulares, la Corte no sería competente. Para fundamentar su competencia, la Corte señala que no se trata de determinar “si el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es la protección de los derechos humanos, sino si una norma de ésta *conciérne* a dicha protección” (párrafo 76).

Esta forma de aproximación al problema es relevante, pues con ello la Corte entiende que no solamente los tratados íntegramente dedicados a la declaración y protección de derechos humanos entran en la categoría de concernir a los derechos humanos, sino que cualquier tratado puede contener “disposiciones concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos”.

4.2 Los derechos consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

4.2.1 Derechos que se reconocen y su titularidad

Una vez zanjado el punto fundamental de la competencia del tribunal, la resolución se centra en los derechos consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Corte señala⁶ que el derecho a la libre comunicación consular al que se refiere al artículo 36 párrafo 1 letra a) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares tiene dos titulares: por una parte es un derecho del Estado de asistir a sus nacionales y por otra es un derecho de toda persona de acceder a su funcionario consular para obtener asistencia.

Lo que resulta tal vez más relevante en el ámbito de la defensa penal está referido al artículo 36 párrafo 1 letra b) de la Convención, pues, en particular para cada persona privada de libertad, la misma Convención señala que existen “derechos que se le reconocen en el presente apartado”, y que deben informársele “sin dilación” (párrafo 81), que son el derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y el derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que esta sea transmitida “sin demora”.

Señala la Corte que al manifestarse en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que esos derechos se “reconocen” a la persona queda claro que estos, excepcionalmente dentro de la Convención, no son derechos del Estado, sino del individuo.

En la misma línea, el artículo 36 párrafo 1 letra c) se refiere a derechos del funcionario consular (visitar, conversar, organizar defensa), y sin embargo se señala que “los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir a favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente”; lo

6 Párrafos 78-80 de la OC-16/99.

que, en opinión de la Corte, reafirma la naturaleza individual de los derechos antedichos (párrafo 83).

Sobre este punto de la calidad de derechos individuales de algunos de los recogidos en la Convención, Estados Unidos sostuvo que si la Convención garantiza derechos que son sólo para extranjeros, ello contrariaría los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley, pues los extranjeros tendrían derechos que de los nacionales no gozarían. Parece no ver que todas las personas tienen esos derechos, ya que todas son extranjeras en todos los Estados, salvo el de su nacionalidad. Además, no reconoce que mediante estos derechos se pretende una igualdad en la protección de los derechos.

En suma, la resolución identifica una serie de derechos para el extranjero que define como sigue (párrafo 5):

“a) ‘derecho a la información sobre la asistencia consular’ ó ‘derecho a la información’: El derecho *del nacional del Estado que envía*, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, ‘sin dilación’, que tiene los siguientes derechos:

- i) el derecho a la notificación consular, y
- ii) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora. (art. 36.1.b) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)

b) ‘derecho a la notificación consular’ ó ‘derecho a la notificación’: El derecho *del nacional del Estado que envía* a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía.

[...]

d) ‘derecho a la comunicación consular’ ó ‘derecho a la comunicación’: El *derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía* a comunicarse libremente (arts. 5, 36.1.a) y 36.1.c) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).”

4.2.2 Sobre la necesidad de protesta para ejercer los derechos

Otro punto de la consulta, relacionado con el anterior, es si para el ejercicio de estos derechos se requiere la protesta del Estado que envía. Al respecto, la Corte⁷ sostiene que el ejercicio de estos derechos no requiere la protesta del Estado que envía, y fundamenta lo anterior señalando que sería ilógico que el Estado deba exigir que se le notifique, si precisamente se le notifica para que tenga noticia. Con ello se confirma que se trata de un derecho del individuo, no del Estado y desvirtúa otra posición defendida por Estados Unidos, que sostuvo que era necesario un reclamo previo.

4.2.3 Sobre la interpretación de la expresión “sin dilación”

Separadamente, en la Opinión Consultiva se examina cómo debe interpretarse la expresión “sin dilación” del artículo 36 párrafo 1 letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En este punto, la consulta se refiere al supuesto específico de que el delito pueda ser castigado con pena de muerte, preguntando si la información acerca de los derechos consagrados en la disposición antedicha debe hacerse al momento del arresto o en todo caso antes de que el detenido declare, teniendo a la vista que el momento de la información sobre sus derechos resulta

⁷ Párrafos 89-97 de la OC-16/99.

relevante para que pueda ejercerlos de manera eficaz. A ello, la Corte responde que para todas las personas han de existir los mismos parámetros para el disfrute de los derechos, sin que existan diferencias que se deriven de la sanción que se arriesgue por el delito.

La Corte razona en el sentido de que el fin de la notificación es dar efecto útil a la protección consular, el propósito del deber de notificar tiene como finalidad que el extranjero disponga de una defensa eficaz. Luego, a falta de mayor precisión en el tratado, “la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto [...] la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad” (párrafo 106).

4.2.4 Los derechos garantizados en la Convención de Viena de Relaciones Consulares y el debido proceso garantizado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La consulta abarca también la relación entre estos derechos y el debido proceso. Sobre si estos derechos de la Convención pueden entenderse dentro de las garantías procesales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte señala que dicho instrumento debe interpretarse conforme a todo el corpus de derecho vigente al momento de la interpretación, lo que conlleva una “interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección” (párrafo 114). Se señala que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables” (párrafo 117). En la fundamentación que sigue se hace especial referencia a los efectos de la calidad de extranjeros de los imputados titulares de los derechos que consagra la Convención de Viena de Relaciones Consulares. En el párrafo 119 se lee que para que haya igualdad, en el caso de los extranjeros, deben compensarse factores de desigualdad que ellos tienen respecto de otras personas que son llevados ante la justicia en el Estado de que se trate. Si no se hiciera de este modo persistirían situaciones de desventaja, y no habría debido proceso legal en condiciones de igualdad. Por eso, señala la Corte a título ejemplar, se ha de proveer de traductor a quien no conoce el idioma y de notificación consular a los extranjeros. Estas garantías “son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y éstos, indisolublemente ligados entre sí, forman el conjunto de garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal” (párrafo 120). Lo expresado resulta coherente con el razonamiento de la Corte (párrafo 122) en cuanto a que ella “estima que el derecho individual que se analiza en esta convención debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.” Sería un presupuesto de eficacia del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ (párrafo 124). El artículo 14 párrafo 3 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos se refiere a ciertas garantías mínimas a que tiene derecho toda persona acusada de un delito (garantías judiciales o de debido proceso legal).

5. Alcance y valoración de la Opinión Consultiva

Si bien existía consenso en torno a los derechos a los que se refiere la Opinión Consultiva desde antes que su emisión, lo que se expresaba en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988⁹ y en lo sostenido

8 El artículo 14 párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a ciertas garantías mínimas a que tiene derecho toda persona acusada de un delito.

9 Asamblea General de Naciones Unidas. Principios adoptados por la Asamblea General del Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, en concreto el principio 16.2.

por varios de los Estados, organizaciones y personas que participaron en el procedimiento,¹⁰ esta Opinión Consultiva fue relevante al plasmar una interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en una resolución judicial. Si bien se trata de una resolución de un tribunal regional, interamericano, al referirse a la interpretación de dos convenciones de alcance universal su impacto ha sobrepasado las fronteras de América. Es así que lo que en ella se sostiene se vio confirmado dos años más tarde por la Corte Internacional de Justicia (caso Lagrand, Alemania contra Estados Unidos¹¹) que decidió que no informar a dos personas, sin dilación, de sus derechos consagrados en el artículo 36 párrafo 1 letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, importó un actuar contrario a derecho, con el que se imposibilitó a Alemania (Estado de su nacionalidad) de brindar asistencia jurídica oportuna. De allí que Estados Unidos haya incumplido sus obligaciones tanto respecto del Estado alemán como respecto de los dos imputados y luego condenados a muerte. La misma línea sigue la Corte Internacional de Justicia en el caso Avena,¹² cuya sentencia se dictó el año 2004.

Otra muestra del impacto de esta Opinión Consultiva consiste en que es expresamente mencionada en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas¹³ y de la Comisión de Derechos Humanos¹⁴ sobre protección de los migrantes.

Centrándonos ahora en la aplicabilidad de las conclusiones de esta Opinión Consultiva al Estado chileno, al ser Chile miembro activo de la comunidad internacional, y, más todavía, Estado Parte en los tratados involucrados (entre los que destacan la Convención de Viena sobre relaciones Consulares y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos), debe respetar, más allá de toda duda, los derechos de toda persona extranjera a información, notificación y comunicación consular. Al tratarse de derechos de todas las personas, no es relevante si el imputado se encuentra en el país de manera regular o irregular. Se trata de derechos de todos los extranjeros enfrentados al sistema de justicia penal chileno, que buscan garantizar la igualdad de armas en su derecho a la defensa, por lo que su respeto ha de ser relevante en la interpretación de la garantía constitucional de “un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Ello puede ser particularmente evidente en casos en los que haya marcadas diferencias idiomáticas y/o culturales, pero rige para todas las personas a las que, sin tener nacionalidad chilena, se encuentren en los supuestos de la Convención.

Más allá del reconocimiento de derechos exigibles al Estado de Chile, hay otro de los razonamientos que contiene la Opinión Consultiva que puede ser relevante para la aplicación del derecho en Chile, pues la expresión “tratados concernientes a la protección de los derechos humanos” del modo como lo interpreta la Corte puede ser extensible a la que se haga en nuestro

10 El procedimiento que precedió a esta Opinión Consultiva fue la ocasión para que varios Estados expresen su parecer sobre el punto, y, salvo un Estado que, reiteradamente ha incurrido en violaciones del artículo 36 párrafo 1 letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, como es Estados Unidos, los demás Estados Americanos que hicieron llegar sus consideraciones a la Corte estaban contestes en que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce derechos individuales. El juez Cançado en su voto concurrente sostiene que las alegaciones de Estados Unidos en este caso son contradictorias con las del mismo Estado cuando se trata de proteger a sus nacionales (párrafos 16 y siguientes).

11 Corte Internacional de Justicia. Lagrand case (Germany vs. United States of America, judgment of 27 June 2001, en ><http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4>< (consultado el 25 de abril de 2011).

12 Corte Internacional de Justicia. Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), judgment of 31 March 2004, en ><http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=18&case=128&code=mus&p3=4>< (consultado el 25 de abril de 2011).

13 A/RES/54/166 de 24 de febrero de 2000, en el último párrafo del preámbulo; A/RES/58/190, de 22 de marzo de 2004, el párrafo 10 de su preámbulo.

14 2002/62 y 2003/46, ambas en el párrafo 14 del preámbulo. Cfr. también 2001/52.

país del artículo 5 de la Constitución Política,¹⁵ en el sentido de no limitar su aplicación a derechos garantizados por tratados sobre derechos humanos, sino a cualquier derecho “esencial que emana de la naturaleza humana” que esté garantizado por un tratado internacional.

Los derechos de notificación y de consulta a los que se refiere la Opinión Consultiva en comento son derechos relevantes para ejercer el derecho a la defensa. Por lo mismo, las acciones y los recursos procesales para resguardar ese derecho, ya sea en el sistema jurídico interno, en el interamericano o en el universal, podrían aplicarse para resguardarlos. Asimismo, en el sistema procesal penal chileno, estas garantías pueden ser objeto de la cautela de garantías (artículo 10 del Código Procesal Penal) y su infracción sustancial es causal del recurso de nulidad (artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, pues ambas disposiciones refieren expresamente a garantías consagradas en tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como sucede con las que nos ocupan.

6. Conclusiones

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos es competente para emitir opiniones consultivas no solamente si la consulta concierne a tratados cuyo objeto declarado sea la garantía y protección de los derechos humanos (los que se conocen como tratados de derechos humanos), sino también si la consulta tiene por objeto otros tratados concernientes a la aplicación de los derechos humanos en los Estados americanos.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, si bien tiene por finalidad primera regular las relaciones consulares entre Estados, consagra ciertos derechos de relevancia para individuos imputados de un delito en un Estado distinto del de su nacionalidad, entre los que se incluyen algunos derechos individuales del extranjero privado de libertad: el derecho de información, el de notificación consular y el de comunicación consular. Hay unanimidad entre los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la notificación y la comunicación consular son derechos individuales de los extranjeros privados de libertad que constituyen presupuestos de un debido proceso. Un Estado que incumple estos derechos infringe tanto derechos individuales de los imputados como derechos del Estado que envía. Para ejercer los derechos que consagra la convención no se requiere de la protesta del Estado que envía, y el derecho de información debe ser satisfecho “sin dilación”, de modo que sea efectivo para la defensa del imputado.

Los derechos de información, de notificación y el de comunicación consular son relevantes para que el extranjero pueda hacer efectiva su garantía de un debido proceso, pues persiguen mitigar la desigualdad de condiciones de un imputado nacional frente a un extranjero.

El contenido de esta Opinión Consultiva es relevante para Chile, que en cuanto a Estado americano, parte de la comunidad internacional y de los tratados en comento, tiene el deber de respetar los derechos consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares respecto de todos los extranjeros, siendo indiferente si están en el país regularmente o no. El sistema jurídico interno contempla una serie de mecanismos procesales para asegurar su respeto.

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

Bibliografía

Fuentes

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Principios adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. A/RES/54/166 de 24 de febrero de 2000 sobre protección de los migrantes.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. A/RES/58/190, de 22 de marzo de 2004 sobre protección de los migrantes.
- Chile. Constitución Política de la República de Chile de 1980, incluyendo las reformas realizadas en 2005. En ><http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>< (consultado el 25 de abril de 2011).
- Chile. Código Procesal Penal de 2000, en su última versión de 8 de abril de 2011. En >http://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&no_mbrearchivo=NORMA1765950&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=176595.2011-04-08.0.0%23< (consultado el 25 de abril de 2011).
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 2002/62 sobre protección de los migrantes.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 2003/46 sobre protección de los migrantes.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 2001/52 sobre protección de los migrantes.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, en ><http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>< (consultada el 25 de abril de 2011). El tratado fue ratificado por Chile el 9 de enero de 1967.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

Resoluciones judiciales

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-19/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en la marco de las garantías del debido proceso legal". En ><http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>< (consultada el 25 de abril de 2011).
- Corte Internacional de Justicia. Lagrand case (Germany vs. United States of America, judgment of 27 June 2001, en ><http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4>< (consultado el 25 de abril de 2011).
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), judgment of 31 March 2004, en ><http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=18&case=128&code=mus&p3=4>< (consultado el 25 de abril de 2011).

DEFENSA LEGAL DE EXTRANJEROS FRENTE A RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SOBRE SU PERMANENCIA

CLAUDIA CASTELLETTI FONT¹

No es fácil hablar de un tema cuya disciplina aún está en construcción, es más, es un tema del que, seguramente, se está hablando por primera vez en nuestro país. No es un secreto el que desde la década de los 90's nuestro país ha sufrido una serie de transformaciones políticas, sociales y jurídicas que se han plasmado en lo que hemos denominado "Reformas" ya sean estas constitucionales, culturales, etc., todas tienen algo en común: adecuar nuestras formas jurídicas a los derechos de las personas.

En efecto, nuestro sistema constitucional se sustenta en el principio de la primacía de la persona humana y declara que es la base y sustento de todos los demás principios que informan nuestro derecho y que el Estado es un ser accidental que no tiene razón en sí mismo, sino en razón de las personas. Así lo declaran los primeros incisos del primer artículo de la Constitución. Es en virtud de dicha aspiración constitucional que el Estado chileno está obligado a realizar toda su actividad con pleno respeto de los derechos de todas las personas, sin distinción de raza, sexo o condición.

Dicho en las palabras del constituyente: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos...ningún órgano del Estado puede atribuirse más derechos que los que la Constitución les otorgue, ni aún a pretexto de circunstancias especiales".

Sin embargo, la realidad es que los sistemas procesales y sustantivos se han ido ajustando de manera muy lenta a dicha declaración constitucional. En particular, la denominada "Reforma Procesal Penal" ha intentado sustituir todos los paradigmas del antiguo régimen, al estado de inocencia, esto es, que toda persona debe ser tratada como tal, hasta que sea declarada culpable por sentencia de un tribunal legalmente establecido y previa substanciación de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Asimismo, sabemos que la sola existencia de derechos no basta. Es necesaria la existencia de mecanismos que permitan que esos derechos se resguarden frente a cualquier embarazo o violación. Uno de ellos es el principio de supremacía constitucional, por el que todos los órganos del Estado están sujetos a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, obligatoriedad que afecta a todo órgano del Estado, no importando su jerarquía o función. De este principio

¹ Abogada, Jefa (s) del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional.

deriva el control a que están sujetos todos los órganos y actos del Estado a la plena jurisdicción de los Tribunales de Justicia. En otras palabras, en Chile todos los actos de los órganos del Estado están sometidos a control de los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, en la práctica, no todas las personas – ni respecto de todos los actos- están en condiciones de presentar los reclamos en contra de los actos del Estado que los agravan, pues el acceso a la Justicia si bien ha mejorado con las distintas reformas a los sistemas de justicia, aún resulta insuficiente.

En efecto, a 10 años de su instalación de la Reformas Procesal Penal, en la DPP nos hemos ido dando cuenta de que nos quedan muchos retos pendientes para mejorar el servicio que prestamos y con ello mejorar el estándar de acceso a la justicia en Chile. Ello se debe, por una parte a la extensión del derecho a la defensa penal que reconoce el CPP en su Art. 8: “...desde la primera actuación del procedimiento... hasta la completa ejecución de la condena”; y por otro lado, a que el derecho a defensa de las personas no se agota en sede judicial, tal como ha sido reconocido en los más altos tribunales nacionales e internacionales, pues abarca cualquier situación jurídica donde hay algún sujeto con poderes sancionadores respecto de otro, sean potestades públicas (v. gr. administrativas), sean potestades privadas (v. gr. patronos de empresas, de barcos, etc.); e incluso, más allá de potestades sancionadoras.

Rescatemos el que la actividad sancionatoria del Estado está completamente sometida a un sistema garantístico, pues más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales, el poder sancionatorio del Estado es único, exclusivo y excluyente.

De este cúmulo de obligaciones de garantía, respeto y promoción que nos impone como Estado el derecho a la defensa, nos hemos comenzado a preocupar de lo que se denomina “Ejecución Penal”, es decir, de la situación jurídica de las personas que, en virtud de una sentencia penal, ven restringidos sus derechos, ya sea restringiendo completamente su libertad, como lo sería el cumplimiento de una condena privativa de libertad en un sistema penitenciario cerrado, como también cualquier otra restricción de derechos, como lo es el deber de presentarse a una autoridad de manera regular. Esta garantía se construye a partir de la norma constitucional que consagra la facultad exclusiva de los Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado respecto de las causas que han conocido y resuelto. En efecto, la actividad penitenciaria, a cargo del Estado, está llamada a ejecutar lo dispuesto por los Tribunales de Justicia en el orden penal o, en su caso, las medidas que adoptan de forma excepcional otros órganos de “policía” sin orden previa de la autoridad judicial, pero son los Tribunales de Justicia quienes están llamados a controlar lo realizado por la Administración Penitenciaria.

Así, la población penitenciaria está integrada por aquellas personas que se encuentran en diversas situaciones procesales (detención, medidas cautelares o cumplimiento de una condena), respecto de las cuales se requiere dar cumplimiento y asistir a la función jurisdiccional en el ámbito penal.

Esto implica la existencia de toda una estructura administrativa destinada a la realización de dicha función, para lo cual se debe contar con una dotación de funcionarios y de la infraestructura necesaria para el efecto. Pero también es necesario contar con defensores especializados en asesoría en la etapa de ejecución de la condena, pues la defensa en el ámbito penitenciario tiene dimensiones y características diferentes. En efecto, dicha defensa exige un mayor tiempo de intervención y entrevistas con los condenados/as, realización de actuaciones de carácter administrativo, gestiones con equipos interdisciplinarios y asesoría postpenitenciaria. Este déficit detectado, tanto en la cobertura como en la calidad de la prestación de defensa jurídica a condenados, obedece a una serie de factores que dicen relación tanto con el contexto nacional y como en el plano insti-

tucional, y que estamos tratando de revertir con un programa piloto de defensa a condenados privados de libertad que actualmente sólo está funcionando en la Región de Coquimbo, pero esperamos se extienda prontamente al resto del país.

De lo anteriormente expuesto, y en relación con el tema que se me ha solicitado opinar, se derivan importantes conclusiones:

- El Estado ve limitada su soberanía por los derechos de todas las personas, sean chilenas o extranjeras (Art. 5° inc. 2° CPR).
- Los extranjeros imputados por delitos en Chile gozan de los mismos derechos que los nacionales, es decir, entre otros derechos, deben ser presumidos inocentes, debe ser garantizado su derecho a la defensa y al debido proceso (Art. 19 N°s 2 y 3 CPR).
- Los mencionados derechos no sólo se pueden ejercer ante los tribunales de justicia, sino a cualquier organismo que tenga atribuciones para decidir conflictos entre partes (Art. 19 N° 4 CPR).
- El cumplimiento de una orden judicial que restrinja derechos incumbe a la fase de ejecución penal (Art. 19 N° 7 y 76 CPR).
- Toda la actuación estatal anteriormente mencionada es revisable por los Tribunales de Justicia, a fin de que se determine si esa actuación se ajustó o no a la normativa que regula dicha actividad (Art. 13 N° 3 y 76 CPR).
- Los condenados extranjeros tienen derecho a la defensa cuando se ordena su expulsión y, cuando ésta se deba a la condena por algún delito, forma parte de la ejecución de la condena (Art. 19 N° 2).

Veamos entonces el tema mismo. ¿Qué pasa con la defensa legal de extranjeros frente a resoluciones administrativas sobre su permanencia?

En particular, creo que, en atención a la naturaleza que desempeña la DPP, estoy aquí para analizar las causales que se basan en la imputación de un delito a un extranjero. Si se revisa el DL 1.094, vemos que hay diversas disposiciones contenidas en su Título II, en relación a los Arts. 15 y 16 que permiten u obligan a decretar judicial o administrativamente la expulsión de extranjeros.

Respecto de ello, hay que analizar dos cuestiones fundamentales: ¿quién es competente para conocer de la reclamación del acto administrativo o judicial que ordena su expulsión? Y ¿Qué es lo que debe ser revisado en el procedimiento?

Respecto de la primera pregunta, esto es, ¿quién es competente para conocer la revisión del acto que ordena la expulsión?

Por supuesto que hay que distinguir si fue ordenada administrativa o judicialmente. En el caso de estas últimas no me extenderé, pues las formas de revisión son las habituales de los sistemas procesales penales. Ahora, si la expulsión la ordenó la autoridad administrativa mediante Decreto Supremo, el Art. 89 del DL 1.094 establece un contencioso administrativo especial que permite que la persona reclame por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación.

La misma disposición señala que la interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, permaneciendo privado de libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que determine el Ministro del Interior o el Intendente.

Dicha disposición merece varios comentarios. En primer lugar, esta disposición que fue producto de una modificación previa a la entrada en vigencia de la RPP, no contempla como obligatoria

la asesoría letrada, pues como era común en esos años, se hacía para “facilitar su interposición”. Empero, no cabe duda de que la falta de asesoría letrada es un obstáculo insalvable no sólo para conocer la posibilidad de reclamar, sino también para tener algún éxito, considerando que la norma exige que la reclamación sea fundada y que lo que se revisa es, justamente, la adecuación del acto a la normativa jurídica.

Es por ello que creemos que una interpretación más acorde con los derechos fundamentales de las personas y, en particular, teniendo presente que una vez que la RPP entró en vigencia el derecho a la defensa se extiende hasta la completa ejecución de la pena, es posible que un defensor penal público sea el asesor jurídico del extranjero ordenado expulsar, pues correspondería a la etapa de ejecución de la condena, por tratarse de la consecuencia de la comisión de un hecho punible.

En segundo lugar, el que la competencia la tenga exclusivamente la Corte Suprema y en un plazo tan corto, impide que las personas notificadas fuera de Santiago tengan efectivo acceso a interponerlo, con lo que se conculca -de paso- los derechos al juez natural y a la tutela judicial efectiva.

Como tercera observación, creemos que la antigüedad de la disposición infringe el estado de inocencia, porque habiendo entrado en vigencia los principios de la RPP lo que debiera ocurrir es que interpuesto el reclamo la persona extranjera estuviese en libertad, salvo que un tribunal competente y concurriendo todos los requisitos que permitan imponer una medida cautelar personal, decida que una medida de tal naturaleza es procedente.

Otra cuestión no resuelta, pero que podría ayudarnos a solucionar los problemas anteriormente citados, y que corresponde debatir es que junto a los mecanismos generales de reclamo -las acciones cautelares constitucionales y legales y el contencioso administrativo general-, ¿es posible interponer el contencioso administrativo especial regulado en el artículo 14 letra f del COT? Dicha disposición señala que el Juez de Garantía es competente para “[...]hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal”.

Estas cuestiones no resueltas se deben a que si bien se dictaron algunas leyes adecuatorias a la RPP, éstas no incluyeron de manera completa las materias propias de la ejecución penal y el control penitenciario, si bien podríamos intentar solucionarlo aplicando principios generales de derogación y aplicación preferente, la verdad es que sólo podemos constatar que esta materia no tiene una normativa orgánica de rango legal.

Finalmente, tampoco hemos considerado – a la fecha – la interposición de acciones cautelares, sean constitucionales o legales, tales como recursos de amparo constitucional o cautelas de garantías.

Por supuesto que lo que acabo de decir importa un cambio de paradigma de cómo estamos acostumbrados a actuar y a defender, pero creo que seminarios como este, en el que estamos presentes todos los involucrados, permiten ir sentando caminos que den cuenta de las necesarias adecuaciones que los derechos fundamentales de las personas imponen al Estado.

Una segunda pregunta que dijimos debe ser contestada es ¿qué le corresponde revisar al juez? Específicamente ¿es un acto discrecional de la autoridad migratoria?

Respecto a esto último, nos parece que la expulsión de un extranjero no es un acto discrecional o que no pueda ser revisado por un tribunal. En efecto, como lo ha hecho notar recientemente

Cordero Quinzacara² en un Informe en Derecho - sobre el que me baso en esta última parte - tanto la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de mecanismos para controlar las potestades discrecionales:

- a) El control de los elementos reglados de la potestad;
- b) El control de los hechos determinantes que sirven de base en el ejercicio de la potestad, en la medida que son el supuesto que fundamenta y desencadena su ejercicio;
- c) El control del fin el cual está vinculado a la posible desviación de poder, pues una potestad no puede ser ejercida para satisfacer un interés público distinto del previsto por la norma;
- d) El control de la decisión a través de los principios generales del derecho, especialmente aquellos que reconocen un sustento constitucional, como son el principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y no discriminación arbitraria, buena fe, etc.

Entonces, en el caso que la expulsión sea decretada por la autoridad administrativa, al tratarse de un acto administrativo - decreto supremo- el juez debe contrastar el acto administrativo con el conjunto de normas jurídicas al que debe someterse y, en particular, deberá revisar la existencia de: la competencia e investidura de la autoridad que dictó dicho acto; los motivos de hecho y de Derecho que le sirven de fundamento; la legalidad de su objeto; el cumplimiento del fin específico para el cual fue otorgada la potestad; y sus aspectos formales (procedimiento y extensión del acto).

Me quiero detener sólo en el vicio que Cordero Quinzacara y la doctrina administrativista denomina "*Vicios en los motivos del acto administrativo*"; es decir, los fundamentos del mismo, esto es, en base a qué normas o supuestos de hecho se ha dictado, de forma tal que se distinga entre motivos o fundamentos de Derecho y motivos o fundamentos de hecho.

Respecto de los motivos de Derecho, se trata de la existencia de la potestad, además de la forma cómo se va a ejercer y su finalidad. El fundamento fáctico impone a la autoridad migratoria acreditar la existencia del hecho en que se fundamenta. En el caso que la expulsión de extranjeros sea consecuencia de la imputación de un delito ¿cómo se fundamenta el acto? Creemos que por extensión del principio de inocencia, sólo con una sentencia penal firme.

Como vemos, son muchos aún los problemas que debemos sortear. Si bien hemos avanzado en la protección de derechos y en pavimentar el acceso a la justicia de las personas, aún existen ámbitos en los que resulta difícil obtener una defensa efectiva, la que no sólo se obtiene estableciendo mecanismos de reclamo, sino que requieren de difusión de derechos y servicios de asistencia fuertes y especializados.

Gracias.

2 CORDERO QUINZACARA, Eduardo, "El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria", en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2009*, N° 7, diciembre 2010, Centro de documentación de la Defensoría Penal Pública.

EL DEBATE ACTUAL SOBRE LA REFORMA MIGRATORIA EN EE.UU.

PROFESOR JAMES COOPER¹

Es un gran placer estar aquí con ustedes en esta conferencia internacional sumamente importante. Mi agradecimiento a Claudio Pavlic Véliz, Rodrigo Lillo, y el equipo de la Defensoría Penal Pública en la Región Metropolitana Sur de Santiago y todos los patrocinadores y presentadores. Lamento que no puedo estar con usted en persona y espero que me puedan entender a través de Skype. Gracias también

Quiero comenzar primeramente por confesar que soy un inmigrante a los Estados Unidos. Soy nacido Canadiense y he sido un inmigrante legal en tres democracias liberales. De hecho, mi compañera de panelista Lilia Velásquez, una Abogada de Inmigración en los Estados Unidos, de las más formidables, fue mi abogada y me ayudó a obtener mi primer visa de trabajo y mi Residencia Permanente.

Acabo de terminar un informe para la Fundación Friedrich Ebert de Alemania sobre la reforma migratoria en los Estados Unidos y quiero comenzar haciendo algunos puntos sobre el debate actual sobre la cuestión de la inmigración en los Estados Unidos.

Un resumen del debate actual en EE.UU. reforma de inmigración

- Hay aproximadamente 15 millones de inmigrantes indocumentados en los Estados Unidos. Representando 16% de la población nacional, los hispanos son la minoría étnica más numerosa en los Estados Unidos y se cree que constituyen la mayoría de los inmigrantes indocumentados en el país.
- El gobierno de EE.UU. está respondiendo al problema de la inmigración ilegal usando una estrategia variada que incluye: Militarizar la frontera a través de más botas sobre el terreno, vigilancia usando tecnología que no funciona apropiadamente, y aplicación descuidada de las leyes vigentes. La Administración Obama ha despachado a la Guardia Nacional y ha proveído herramientas de vigilancia avanzadas para uso en la seguridad fronteriza.
- La falta de una respuesta viable federal a la inmigración indocumentada ha dejado un vacío político y de seguridad nacional, la cual los gobiernos estatales y locales han tratado de suplantar. Estas respuestas pueden ser contrarias a la Constitución de los EE.UU. y contra los derechos fundamentales de los ciudadanos de EE.UU., y por supuesto a los inmigrantes

¹ California Western School of Law (Escuela de Derecho)

- El viaje a los Estados Unidos generalmente se actualiza a través de México, aunque no sólo son los mexicanos que entran a los Estados Unidos ilegalmente. Viene gente de Centro y Sur América, África, Ucrania, China y de todo el mundo. La mayoría de los inmigrantes vienen por razones económicas, aunque la creciente falta de seguridad pública en México ha sido un factor de empuje para los profesionales que emigran a los Estados Unidos. Los migrantes suelen ser robados y violados en el camino. Por ejemplo, 72 inmigrantes - de todo Centro y Sur América, fueron asesinados a finales de agosto de 2010 en un rancho del norte de México por el cartel de la droga *Zeta*.
- Algunos entran por las fronteras como visitantes legales y luego se quedan después de que sus visas se han vencido. Muchos pasan a través de México, utilizando rutas muy peligrosas por el cerro, debido a la creciente vigilancia en los centros urbanos sobre las dos mil millas de la frontera entre EE.UU. y México.
- La reforma comprensiva de inmigración se ha convertido en el tercer carril de la política de los EE.UU. y con las pérdidas previstas en la Cámara de Representantes por el Partido Demócrata en las elecciones de noviembre, los nuevos enfoques audaces para el creciente problema de la inmigración ilegal probablemente no se darán acabo. Por el contrario, propuestas de exclusión, como enmendando el Fourteenth Amendment, relacionado con el derecho de ciudadanía para los que son nacidos en EE.UU., e iniciativas locales como el Proyecto de Ley Senatorial 1070 en Arizona, serán opciones disponibles.
- La falta de liderazgo en Washington D.C. sobre la reforma migratoria integral esta rápidamente destruyendo los logros que la comunidad latina se ha ganado. SB 1070 no es sólomente sobre los inmigrantes ilegales, pero también pone en cuestión la llamada "sociedad post racial" en America.

I. La situación actual sobre el problema de migración en los Estados Unidos

Aunque hay unos 11-15 millones inmigrantes indocumentados en los Estados Unidos, estos números parecen estar disminuyendo con la crisis económica y las nuevas regulaciones estatales dirigidos hacia indocumentados. Según un informe del septiembre 1, 2011 por el Pew Hispanic Center, la entrada anual de inmigrantes sin autorización a los EE.UU. fue de casi dos tercios menos entre marzo 2007 a marzo 2009 comparado con el volumen entre el plazo de marzo 2000 a marzo 2005.

Según un libro publicado en 2010 por la Brookings Institución, "[los] EE.UU. se han beneficiado enormemente sobre los años de 'ganancia de cerebros' de la inmigración." El autor de "Brain Gain: Repensando la Política de Inmigración EE.UU." Darrell M. West, concluye que los inmigrantes aumentaron el Producto Bruto Domestico (GDP) por \$ 37 mil millones en 2007. Además, los inmigrantes tenían el doble de probabilidades, comparado con los nacidos americanos, de iniciar un nuevo negocio entre 1996 y 2008, empleando a 450.000 trabajadores en 2005. Aun más impresionante, cerca de un cuarto de las patentes solicitadas de los Estados Unidos se basaron en el trabajo de inmigrantes durante 2006.

Los inmigrantes también han contribuido en gran medida a los impuestos de EE.UU. y programas de asistencia social. En 2007, el fondo fiduciario del Seguro Social habia recibido un beneficio neto en la área de \$ 120 mil millones a \$ 240 mil millones de inmigrantes sin trabajando sin autorización. Para el escritor Edward Schumacher-Matos, esto representó un asombroso 5,4 por ciento a 10,7 por ciento del fondo total de activos del fideicomiso de ese año. La contribución acumulada es sin duda más alto ahora. Inmigrantes no autorizados pagaron una contribución neta de \$ 12 mil millones en 2007. Schumacher-Matos concluye que los inmigrantes indocumen-

tados pueden ser una carga para los contribuyentes en el corto plazo, pero por lo general reciben menos en subsidio (welfare) que los americanos nacidos en EE.UU.

Los inmigrantes mejoran los Estados Unidos con su integración en el tejido de América. Un informe del Centro para Progreso Americano estudiaron los datos del censo para que los inmigrantes se han integrado en la sociedad EE.UU. El informe destacó que la "ilusión de no-asimilación" es creado cuando uno solo toma en cuenta los recién llegados que no han tenido tiempo suficiente para asimilar tan completamente como los que llegaron más pronto. El informe encontró que "lo más tiempo que inmigrantes están aquí, lo más que avanzan y se integren mejor en nuestra sociedad." En 1990, sólo el 16 por ciento de los inmigrantes que eran "recién llegados" eran dueños de casa, sin embargo, en 2008, el 62 por ciento de estos mismos inmigrantes eran dueños de casa. Del mismo modo, sólo el 35 por ciento de los inmigrantes recibían ingresos más altos que el bajo nivel de ingresos en 1990, sin embargo, en 2008, el 66 por ciento de la los inmigrantes estaban ganando ingresos por encima del bajo nivel de ingresos.

La Reserva Federal de San Francisco, incluso se metió en el polémico debate sobre si los inmigrantes ayudan o perjudican el empleo para los ciudadanos estadounidenses. Un estudio realizado por Giovanni Peri firmemente concluyó que los nuevos inmigrantes ayudan a hacer más ricos a casi todos, refutando la creencia popular que los inmigrantes indocumentados quitan empleos a ciudadanos de los EE.UU. y deprimen los salarios.

II. Reforma comprensiva de inmigración o la falta de tal reforma

Después de los ataques terroristas del 11 de septiembre 2001, el Congreso de EE.UU. aprobó una serie de medidas históricas en nombre de la seguridad nacional. Lo más significativo, el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) fue abolida y su autoridad fue transferida a la recién creada Departamento de Seguridad Nacional (DHS). El departamento de (ICE) se convirtió en la mayor agencia de investigación del Departamento y se le encargó "para proteger la seguridad nacional, seguridad pública y la integridad de las fronteras de los EE.UU. a través de la aplicación de sanciones penales y civiles de las leyes federales que regulan el control de fronteras, aduanas, comercio y inmigración".

Aunque la administración de ex presidente George W. Bush presentó una propuesta migratoria que buscaba crear un programa de trabajadores temporales, que habría concedido estatus legal para los participantes, al igual que muchas de las propuestas de reforma, no recibió el apoyo necesario. En cambio, el REAL ID Act de 2005, que eliminó la revisión judicial en determinados casos, se convirtió en ley. Además, la Ley Patriota de los EE.UU. (USA PATRIOT Act) ha aumentado el número de agentes fronterizos a la frontera norte, la ampliación de la definición de terrorismo, y permitió que las autoridades detuvieran a los no ciudadanos antes de decidir si les traerían cargos como terroristas.

Durante el período post-9/11, inmigrantes del Medio Oriente y de países con la mayoría de inmigrantes islámicos fueron sometidos reglas especiales que requieren ciertas personas que se registraran con en el DHS. Muchos de estos inmigrantes fueron puestos en procedimientos de deportación y expulsados a sus países de origen.

Los miembros del Congreso introdujeron varios proyectos de ley que pretendían reformar las leyes federales de inmigración pero al igual no lograron pasar por el Congreso. Por ejemplo, en 2005 los senadores John McCain (repblicano de Arizona) y Edward Kennedy (demócrata de Massachusetts), presentaron un proyecto de ley de inmigración bipartidista de reforma integral, que sacaría a las personas de las sombras e integrarlos en el sistema. El proyecto de ley crea

un programa de trabajadores temporales. También proporcionaba un mecanismo para que los inmigrantes indocumentados pudieran obtener su residencia permanente pero también creaba penas severas para los empleadores que contrataban a personas indocumentadas. El proyecto de ley fue aceptada en gran medida como una solución realista al sistema roto de inmigración, pero no obtuvieron el apoyo del Congreso.

Drásticamente diferente de la propuesta McCain / Kennedy en, fue el proyecto de ley patrocinado por los senadores John cursi (R-TX) y Jon Kyl (R-AZ). Esta reforma controversial contenía mandatorios para la salida compulsoria de personas indocumentadas. Aunque el proyecto de ley permitía el regreso de inmigrantes a los EE.UU. legalmente, no extendió las opciones legales disponibles para el regreso a los EE.UU., haciendo la posibilidad cuestionable. Este proyecto de ley también murió en el Senado.

Los opositores de la reforma integral de inmigración argumentan que la legislación de reforma crearía una avalancha de inmigrantes a los EE.UU. Ellos señalan el período de amnistía de 1986, donde casi tres millones de personas, la mayoría de países latinoamericanos, emigraron a los EE.UU. como resultado de la reforma en ese año la ley de Reforma de Inmigración y Control, que dio el estatus de residencia permanente a muchas personas, incluyendo trabajadores en agricultura y personas que habían residido en los Estados Unidos por un período prolongado.

El presidente Obama ha declarado en repetidas ocasiones su apoyo a la reforma integral de inmigración, sin embargo, hasta el momento su administración sólo ha creado mecanismos de control migratorio. Con otras prioridades como la salud y reforma de las finanzas, la reforma integral de la inmigración sigue siendo difícil de alcanzar.

Un proyecto de ley bipartidista, la Ley DREAM, ha ganado mucho apoyo. Proporcionaría una vía para la residencia permanente para los estudiantes indocumentados que fueron traídos a los EE.UU. de niños. En 2007, la Ley DREAM se produjo ocho votos de superar una obstrucción en el Senado de EE.UU., sin embargo, una nueva versión se encontró frente al Senado este mes de Septiembre, pero también no logro los votos necesarios.

III. El vacío creado por la falta de una respuesta federal viable y coherente con el problema de inmigración en los Estados Unidos

La ley federal de gobierno de los EE.UU. es responsable de crear y hacer cumplir las leyes de inmigración, sin embargo, en los últimos años, los estados y municipios han recurrido a la aprobación de leyes con el intento de terminar con la inmigración ilegal.

Ciudades como Escondido, California y Hazelton, Pennsylvania eran entre los primeros lugares para pasar ordenanzas locales decisivas lo cual impidieron que los propietarios alquilaran viviendas a inmigrantes indocumentados. El 8 de septiembre de 2010, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito determino que la ordenanza anti-inmigrante en Hazelton no era constitucional ya que usurpó la ley federal.

En respuesta, a ordenanzas anti-inmigrante de la ciudad y redadas de inmigrantes, ciudades como San Francisco y Los Ángeles iniciaron políticas de santuario que permitían que los residentes indocumentados recibieran servicios públicos sin temor de ser detenidos.

La ley de Arizona (SB 1070), entre otras cosas, exige que los policías y otros oficiales locales determinen el estatus migratorio de las personas que arrestan por otras razones si piensan que se encuentran ilegalmente en el país. Juzgando por la gran cantidad de demandas que han surgido desde que la Gobernadora Jan Brewer firmó la aprobación de la ley, la constitucionalidad de SB

1070 es cada vez menos clara. Durante las primarias de agosto para la carrera de gobernador, un juez federal determinó que gran parte de la ley es inconstitucional y la puso a un lado hasta que se haga la decisión final. En respuesta a la demanda de la Administración Obama en oposición a la ley de Arizona, un juez en la corte federal de Phoenix permitió que sólo algunas partes de la ley sigan adelante.

Los opositores de la medida SB 1070 argumentan que la ley hace a las comunidades menos seguras porque los inmigrantes no estarán interesados en denunciar delitos por temor a ser detenidos por violaciones de inmigración.

Los defensores sostienen que la SB 1070 va a proteger al Estado de la violencia endémica de la región fronteriza, un área preferida para la entrada ilegal a los EE.UU. Una vez más, los inmigrantes están siendo utilizados como peones políticos durante una crisis económica de Estados Unidos y con las próximas elecciones por frente. SB 1070 no es una anomalía. Legislación similar en Colorado, Florida y Nebraska también ha tratado de aprobar algo similar.

En California, la ciudad de Menifee aprobó una resolución que critica a las ciudades de California por la creación de un boicot de Arizona. Aunque esta resolución es más bien simbólica, demuestra la indignación que sienten la mayoría de los estadounidenses. Según una encuesta, aunque una mayor cantidad de estadounidenses apoyan reforma de inmigración, un 82 por ciento de los estadounidenses también apoyan la ley draconiana de Arizona. Esto demuestra la indignación que sienten contra el gobierno federal.

IV. Lo que el gobierno federal ha hecho

En su informe anual, la Oficina de Estadísticas de Inmigración afirmó el traslado de los extranjeros de los Estados Unidos en 2009 ascendió a 393.289 que indica el séptimo año consecutivo de aumento. Las redadas de inmigración han sido comunes en las fábricas y granjas. Auditorías de empleadores y los penales criminales se han incrementado para los empleadores que han contratado a personas indocumentadas.

Pero el Departamento de Seguridad Nacional también ha sido poco estricto en la aplicación de algunas leyes de inmigración. Por ejemplo, en agosto de 2010, el ICE dirigió a sus abogados para revisar y poner fin a los cargos contra ciertos demandados en procedimientos judiciales de inmigración. Esto favorecerá a los inmigrantes que tienen solicitudes pendientes ante inmigración, USCIS, incluyendo las personas casados con ciudadanos de los EE.UU. Al identificar estos casos, ICE puede evitar el gasto de recursos en juzgar a las personas que tienen una vía legal para permanecer en los Estados Unidos. ICE cree que aproximadamente 17.000 personas podrán beneficiarse de esta nueva política.

El intercambio de información entre los diferentes estados y agencias federales ha aumentado. ICE comenzó el intercambio de programas biométricos, como programas que tratan de identificar a los inmigrantes con antecedentes penales (US VISIT and Secure Communities). En actualidad, el ICE está utilizando programas de intercambio de información biométrica entre distintos organismos gubernamentales como el Departamento de Justicia y el Buró Federal de Identificación en 574 jurisdicciones entre 30 estados.

El Border Patrol incremento el número de sus agentes en la frontera. Entre 2006 y 2008, la administración de Bush despachó unos 6.000 efectivos de la Guardia Nacional enviados a los cuatro estados fronterizos con México. El presidente Obama también ha aumentado los números en la frontera entre Estados Unidos y México, ordenando unos 1.200 soldados de la Guardia Nacional para apoyar el DHS y Protección de Fronteras para combatir los narcotráficos y la delincuencia

en la frontera. En junio de 2010, le pidió al Congreso fondos para contratar a otros mil agentes del Border Patrol, y la adquisición de dos aviones drone, radares con imágenes térmicas y vigilancia por video remota. Esta campaña para aumentar la seguridad fronteriza es claramente para construir el apoyo político para las próximas elecciones de medio plazo. Además, el DHS ha construido 646,5 millas de los 652 millas estipulados por el Congreso.

El Gobierno Federal también ha reaccionado a los eventos a nivel estatal y municipal de gobierno. Por ejemplo, en el condado de Maricopa en Arizona, el sheriff del condado, Joe Arpaio, un oficial contra la inmigración ilegal, elegido por voto popular, ha sido el objeto de una demanda por el Departamento de Justicia por las denuncias de prácticas discriminatorias basadas en perfiles raciales y búsquedas y arrestos inconstitucionales. Según la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia, los actos de Arpaio no tienen precedentes por no cooperar con las autoridades federales. Hay plática sobre Joe Arpaio como un posible candidato presidencial para el 2012.

También hay intentos en marcha en el Congreso de EE.UU. para modificar la Enmienda 14^a de la Constitución de los EE.UU., que dispone que todas las personas nacidas en los Estados Unidos son ciudadanos de EE.UU., independientemente de ciudadanía de sus padres. Restriccionistas, como la senadora Lindsey Graham, han introducido varios proyectos de ley que negarían la ciudadanía EE.UU. para los niños nacidos en los EE.UU. a los padres que son residentes de otros países. De acuerdo con un informe del Instituto de Política de Migración, los impactos demográficos de la derogación del derecho de ciudadanía por nacer en EE.UU., podría ampliar la población no autorizada por al menos cinco millones personas durante los próximos cuatro años.

Los Estados Unidos: No tan excepcional en temas de inmigración

Las políticas de inmigración en un país no pasan desapercibidos en otros países.

Entre los países que son hogar a los inmigrantes que van a buscar una vida en los Estados Unidos, los países de América Central y del Sur, les importa los peligros del viaje a los Estados Unidos y los desafíos aun cuando llegan dentro de los Estados Unidos.

El presidente mexicano, Vicente Fox, ha intentado poner presión para un mejor tratamiento de los inmigrantes mexicanos se vieron frustrados por una administración distraída por los ataques de 9/11. Su sucesor, Felipe Calderón, sin embargo, fue capaz de hacer su disgusto con el SB 1070 muy conocido durante una visita a la Capital, llamándola "discriminatoria".

Entre los países que reciben los flujos de inmigración, los Estados Unidos no es el único país industrializado que ha intentado detener a la inmigración ilegal. En toda Europa la crisis financiera en los países llamados PIGS (Portugal, Irlanda, Grecia y España) han fomentado una ofensiva contra la inmigración ilegal. A modo de ejemplo, en Francia, el gobierno comenzó a dismantlar los campos de romaníes (gitanos) ilegales en una serie de deportaciones. Algunos de ellos con nacionalidad francesa, aun fueron trasladados de nuevo a Bulgaria y Rumanía en el nombre de la prevención del delito (la llamada "repatriación voluntaria"). Esta iniciativa fue criticada por el Papa Benedicto XVI, y sacó un estimado de 70.000 manifestantes a las calles en 130 ciudades alrededor de Francia para protestar por la medida.

En elecciones el mes de agosto de 2010 en Australia, la política de inmigración fue una cuestión importante. La falta de trabajadores de mano de obra acentuó la necesidad de trabajadores calificados y menos calificados. Aun, el sentimiento anti inmigrante entre el público se ha incrementado y los dos partidos políticos se comprometieron a reducir los niveles de inmigración durante la campaña electoral.

Israel también ha anunciado que deportará a cientos de niños de algunos trabajadores migrantes. Bajo la ley israelí, los hijos de los trabajadores extranjeros legalmente en Israel no se les concede automáticamente el status como residente legal. Se estima que hay entre 250.000 y 400.000 trabajadores extranjeros en Israel, la mitad de los cuales se encuentran ilegalmente allí. Israel también anunció que planea construir un muro a lo largo de su frontera con Egipto para detener el flujo de inmigrantes ilegales.

Incluso China, ahora con la segunda mayor economía del mundo, tiene un problema con los inmigrantes ilegales procedentes de Vietnam, Corea del Norte, e incluso África.

En conclusión, permítanme decir que los problemas que Chile enfrenta, si se trata de refugiados procedentes de Colombia, Perú, Bolivia o Argentina, no es diferente a los que se enfrentan actualmente la mayoría de otros países. Dice mucho sobre la calidad de la democracia y su compromiso con la legislación de derechos humanos ya los refugiados y las convenciones de asilo, y la legislación laboral transnacional de la manera en que los inmigrantes, legales e ilegales, son tratados. Tal vez los Estados Unidos puede tomar una página de Chile en el futuro.

ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A INMIGRANTES VÍCTIMAS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

JORGE CHOCAIR LAHSEN¹

En su primera cuenta pública el año 2008, el actual Fiscal Nacional sostuvo que la trata de personas constituye una nueva forma de esclavitud, y que el Ministerio Público se comprometería de manera clara y decidida a enfrentar este delito.

Fue así como **a nivel interno**, instruyó generar una coordinación permanente en la Fiscalía Nacional, que aunara los esfuerzos de las unidades especializadas en Delitos Sexuales, Cooperación Internacional y la División de Atención a Víctimas y Testigos en apoyo a las investigaciones sobre trata de personas, y que se constituyesen, además, en un referente técnico para analizar y proponer, modificaciones legales que mejoraran el marco jurídico de este delito en nuestro país. De igual forma y desde hace ya tres años, somos parte integrante de la Mesa de Trata de Personas que coordina el Ministerio del Interior, colaborando activamente con dicha instancia, en la que convergen todas las instituciones del Estado de Chile que tienen injerencia en la materia.

Junto a lo anterior, la Fiscalía de Chile ha desplegado una serie de iniciativas a **nivel internacional** en materia de trata de personas, bajo la premisa que la única forma de atacar a las organizaciones criminales que promueven este delito, es mediante una efectiva cooperación transnacional. En dicho contexto, el año 2008, convocamos en Santiago a los fiscales generales de 21 países, en el marco del **Primer Encuentro de los Ministerios Públicos de Ibero América contra la Trata de Seres Humanos**, logrando en su seno la Declaración de los Ministerios Públicos de Iberoamérica contra la Trata de Personas, donde se plasmó el compromiso irrestricto de las fiscalías del espacio iberoamericano de luchar contra este flagelo. Paralelamente y con la colaboración de la Agencia de Cooperación Alemana (GTZ), de la Agencia Chilena de Cooperación Internacional (AGCI) y de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), dimos inicio a un ambicioso e inédito **proyecto de cooperación triangular para Latinoamérica**. Dicho proyecto, contempló en su primera fase la capacitación a un grupo de fiscales y profesionales del área de víctimas de la Fiscalía de Chile, por parte de policías y fiscales de Alemania y del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Luego de entrenarse en técnicas de investigación y atención y protección de víctimas y testigos en materia de Trata de Personas, nuestros fiscales colaboraron, triangulando los conocimientos adquiridos, con otros ministerios públicos de la región. Durante los años

¹ Director Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones Fiscalía Nacional / Ministerio Público de Chile

2009 y 2010, la Fiscalía de Chile capacitó a cerca de 500 fiscales y funcionarios de los ministerios públicos de Paraguay, Bolivia, República Dominicana, Guatemala, Panamá y Uruguay, suscribiendo además dichos países, convenios de cooperación interinstitucionales para las investigaciones transnacionales en el delito de trata de personas.

De igual forma y en el seno de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, dentro de la cual la Fiscalía de Chile ejerce su Secretaría General Permanente, vinculamos otros 2 proyectos que se relacionan con el tema de la trata de personas. En primer término, las **Guías de Santiago**, elaboradas con el apoyo de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, contienen los estándares mínimos que las fiscalías de iberoamericana se comprometen a cumplir en materia de atención de víctimas y protección de testigos. Dichas Guías contemplan criterios de actuación diferenciados para el caso de las víctimas de trata de personas, constituyéndose en uno de los instrumentos más modernos sobre la materia a nivel mundial. Por otra parte, las fichas de cooperación penal iberoamericana, conocidas como **FICHAS AIAMP**, símil de las fichas belgas de la Red Judicial Europea, han permitido que a través de una plataforma virtual instalada en la Fiscalía Nacional de Chile, sea posible acceder en tiempo real, a la información necesaria de 21 países para solicitar asistencia mutua, incluida la trata de personas.

A nivel regional, la **Reunión de los Ministerios Públicos del MERCOSUR** ha sido un foro de especial interés para la Fiscalía de Chile, dado que desde el año 2009, somos coordinadores del Grupo Especializado contra el Crimen Organizado Transfronterizo. Ha sido en dicho Grupo del MERCOSUR, donde comenzamos a promover un intercambio fluido de información cuantitativa y cualitativa de los Estados miembros y asociados, que diera cuenta de la situación de una serie de delitos de alta complejidad, siendo la trata de personas su principal preocupación. Así, cada semestre en el marco de las reuniones preparatorias, los países entregan informes e intercambian apreciaciones sobre el estado de situación de la trata de personas en sus respectivos Estados, los modus operandi de las organizaciones criminales, las rutas de la trata, el perfil de imputados y víctimas, las vías de internación de inmigrantes, entre otros antecedentes.

Finalmente, el Ministerio Público, por decisión del Poder Ejecutivo, designó representantes para el Comité de Expertos sobre Trata de Personas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y para el Grupo de Expertos ante la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (incluido el protocolo Adicional sobre Trata de Personas).

TRASLADO DE INMIGRANTES CONDENADOS EN CHILE HACIA SU PAÍS DE ORIGEN

NICOLÁS ORELLANA SOLARI¹

La comunidad internacional han llegado a un consenso que una condena penal se cumple de mejor manera en el país de origen del sentenciado. Para ello los Estados, firmaron convenios, tratados y convenciones para trasladar a sus nacionales que cumplían condenas en países extranjeros.

En el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán en el año 1985, aprobó un acuerdo modelo para prestar asistencia a los Estados miembros en la elaboración de acuerdos bilaterales y multilaterales similares para con ello facilitar el regreso de los reclusos nacionales que se encuentran cumplimiento penas en el extranjero por delitos cometidos fuera del país. En este acuerdo, se reconoce la existencia de dificultades con que se presentan los sentenciados en países extranjeros en los establecimientos carcelarios donde deben cumplir sus penas, debido a factores de diferencias de idioma, cultura, costumbres y religión. Así mismo, se considera que el mejor modo de lograr la reinserción social de los delincuentes es dar a los reclusos extranjeros la oportunidad de cumplir sus condenas en el país de su nacionalidad o residencia^{2,3}.

Veamos cuales son las convenciones que el Estado de Chile ha suscrito y que actualmente se encuentra vigentes:

El **Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas**, de 1983, promulgada por Decreto N° 1.317 de fecha 10 de agosto del año 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 3 de noviembre de 1998⁴.

La **Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero** -adoptada el 9 de junio de 1993 por la Organización de Estados Americanos-, promulgada por Decreto Supremo N° 1.859, de fecha 27 de octubre del año 1998 del Ministerio de Relaciones

1 Abogado, Jefe (s) de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional Metropolitana Sur.

2 Documentos de Trabajo "Guía de traslado de trasladados", División Social, Ministerio de Justicia de Chile, p.1

3 En la parte preliminar de la Convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero se lee lo siguientes expresiones de intenciones: "Animados por el deseo de cooperar para asegurar una mejor administración de justicia mediante la rehabilitación social de la persona sentenciada; persuadidos de que para el cumplimiento de estos objetivos es conveniente que la persona sentenciada se le pueda dar la oportunidad de cumplir su condena en el país del cual es nacional; y convenidos de que la manera de obtener estos resultados es mediante el traslado de la persona sentenciada, se resuelve adoptar el siguiente convenio."

4 Algunos países que lo han suscrito son Bolivia; Chile; Ecuador; México; Panamá; Estados Unidos; Venezuela; Francia; España.

Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999⁵. Sus disposiciones son similares a las de la Convención de Estrasburgo.

El **Tratado con Brasil sobre Transferencia de Presos Condenados**, suscrito entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile el 29 de abril de 1998, promulgada por Decreto Supremo N° 225, del Ministerio de Relaciones Exteriores; publicado en el Diario Oficial de 18 de marzo de 1999.

El **Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas**, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Bolivia el 22 de febrero de 2001 promulgado por Decreto Supremo N° 227, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2004.

El **Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales**, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Argentina el 29 de octubre de 2002, promulgado por Decreto Supremo N° 55, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 30 de junio de 2005.

El objetivo principal de estas Convenciones y Tratados es obtener un mayor desarrollo de la cooperación internacional en materia de Derecho Penal, que sirva a los fines de justicia y rehabilitación social de las personas condenadas.

Ello exige que los extranjeros privados de libertad como consecuencia de haber cometido un delito, tengan la posibilidad de cumplir la condena que les fue impuesta en su medio social de origen y la mejor manera de lograr este objetivo es trasladarlos a sus propios países. Para estos efectos los Estados deben prestarse recíprocamente la mayor cooperación posible, sobre la base del respeto mutuo de la soberanía y la jurisdicción nacionales.⁶

Condiciones que deben reunir los inmigrantes condenados que solicitan el traslado.

De acuerdo a los documentos internacionales suscritos por Chile, cada Estado es soberano de acceder o no a las solicitudes que les son presentadas por los Estados donde se quiere que el imputado termine de cumplir su pena. Es por ello que para que se efectúe el traslado, se debe presentar el triple consentimiento: el del Estado de condena (Estado donde se ha condenado a la persona que requiere ser trasladada); el de la persona condenada; y el del Estado de cumplimiento (Estado al cual el condenado desea ser trasladado).

Para solicitar el traslado de las personas condenadas a sus países de origen, se requiere el cumplimiento de ciertas condiciones que se señalan a continuación, las cuales son similares en cada uno de los Tratado o Convenios que se mencionaron.

- a. Que la persona condenada tenga la nacionalidad del Estado donde desea ser trasladado⁷; Sin embargo, dado el espíritu de los presentes documentos internacionales estimamos que este requisito no puede ser interpretado como una limitación taxativa y perentoria para los casos en que los Estados partes independiente de los Tratados o Convenciones puedan otorgar y

5 Algunos países que la han promulgado: Brasil; México; Paraguay; Costa Rica; Chile; Ecuador; Uruguay; El Salvador; Estados Unidos.

6 Guía de traslado de condenados. Ministerio de Justicia de Chile, p. 2

7 Artículo 3 letra b) del Convenio de Estrasburgo; artículo III N° 1, del Convención Internacional para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero; artículo III letra b) Tratado con la República de Brasil; artículo 4 N° 2, del Tratado con Bolivia; artículo 3 letra b) del Tratado con Argentina.

aceptar el traslado de condenados extranjeros a países distinto de los de su origen, cuando los condenados hayan tenido residencia en dicho país, más aún si su grupo familiar se encuentra radicado en dicho lugar o son nacionales del mismo.

- b. Que la sentencia condenatoria esté firme o ejecutoriada⁸.
- c. Que le resten al condeno que solicita su traslado, al menos 6 meses para el cumplimiento del total de la pena (salvo casos excepcionales) y que la sentencia no sea pena de muerte⁹;
- d. Que la persona condenada o su representante legal manifieste su deseo de ser trasladada o consienta en aquel¹⁰.
- e. Que el solicitante esté privado de libertad¹¹, salvo en el caso de los Estados que hayan ratificado la Convención Interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero¹², así como en el tratado firmado con Argentina¹³ los cuales permiten también el traslado de condenados sujetos regímenes de libertad vigilada.
- f. Que el o los hechos que motivaron la condena constituyan también un ilícito penal en el país al cual se desea ser trasladado¹⁴.

Otras consideraciones especiales.

La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero establece que al tomar los Estados la decisión del traslado, se podrá considerar entre otros factores, la posibilidad de contribuir a la rehabilitación social del condenado; la gravedad del delito; en su caso, los antecedentes penales; su estado de salud; y los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en el Estado sentenciador y en el Estado receptor¹⁵. El Convenio con Brasil

- 8 Artículo 3 letra a) del Convenio de Estranburgo; artículo III N° 4, del Convención Internacional para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero; artículo III letra d) Tratado con la República de Brasil; artículo 4 N° 4 del Tratado con Bolivia; artículo 3 letra c) del Tratado con Argentina.
- 9 Artículo 3 letra c) del Convenio de Estranburgo (nada dice respecto a la pena de muerte); artículo III N° 5 y 6, del Convención Internacional para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero; artículo III letra c) Tratado con la República de Brasil; artículo 4 N° 7 del Tratado con Bolivia señala que las partes pueden convenir un término de pena por cumplir menor a 6 meses; artículo 3 letra c) del Tratado con Argentina.
- 10 Artículo 3 letra d) del Convenio de Estranburgo; artículo III N° 2, del Convención Internacional para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero; artículo III letra e) Tratado con la República de Brasil; artículo 4 N° 5 del Tratado con Bolivia; artículo 3 letra f) del Tratado con Argentina.
- 11 Artículo 1 letra a) del Convenio de Estranburgo (Se entiende por condena a cualquier pena o medida privativa de libertad); artículo II letra e) Tratado con la República de Brasil (Se entiende preso condenado a la persona condenada por delito según sentencia dictada en el territorio de una de las partes. Sin perjuicio de aquello, el artículo IX indica que el tratado podrá hacerse extensivo a personas sujetas a vigilancia u otras medidas de conformidad con la legislación de una de las Partes en relación con los delincuentes juveniles. Sin embargo, el mismo artículo IX deja abierta la puerta para otorgar y aceptar por parte de los Estados, el traslado de condenados que estén en otra situación distinta a la privación de libertad.); artículo 1 N° 3 del Tratado con Bolivia (Se entiende por condenado a la persona que cumpla una pena consistente en privación de libertad en virtud de una sentencia firme.).
- 12 Esta convención establece en su artículo 1, referido a las definiciones que se entenderá como sentencia a la privación de libertad o restricción de la misma, en régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional u otras formas de supervisión sin detención. Así mismo el artículo IX de la misma convención señala que la normativa puede aplicarse también a menores de edad y apersonas a quienes la autoridad competente hubiere declarado inimpuntable. En estos casos el consentimiento lo deberá otorgar la persona que esté a su cargo.
- 13 En el Tratado firmado con Argentina señala en su artículo 1 N° 2 que se aplicarán las penas privativa de libertad o sumisión al régimen de libertad condicional, o las medidas de seguridad impuestas a nacionales argentinos en la República de Chile, podrán cumplirse en la República Argentina de conformidad con lo dispuesto en el presente tratado. Lo mismos se aplica a chilenos condenado en Argentina. (artículo 1N° 1)
- 14 Artículo 3 N° 1, letra e) del Convenio de Estranburgo; artículo III N° 3, del Convención Internacional para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero; artículo III letra a) Tratado con la República de Brasil; artículo 4 N° 1 del Tratado con Bolivia; artículo 3 letra a) del Tratado con Argentina.
- 15 Artículo V N° 6 de la Convención Interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero.

señala que antes de tomar una decisión relativa al traslado, cada Parte deberá examinar los factores que puedan contribuir a promover la rehabilitación social del condenado¹⁶. El Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, exige además que la persona condenada haya cumplido con el pago de multas, gastos de justicia, reparación civil o condena pecuniaria de toda índole que estén a su cargo, incluyendo de ser posible la reparación de daños causados a la víctima de acuerdo a lo indicado en la sentencia o que garantice su pago a satisfacción del estado sentenciador¹⁷.

Procedimiento para solicitar traslados por parte de extranjeros que cumplen penas en Chile.

El procedimiento para solicitar el traslado es similar en todas las Convenciones y Tratados vigentes que hemos citado. El extranjero condenado en Chile, nacional de uno de los Estados partes, manifestará su voluntad de ser transferida a su país de origen a través de una solicitud escrita dirigida al Ministro de Justicia de Chile (Estado de condena) o al Ministro de Justicia o autoridad central designada del Estado al cual desea ser trasladado. (Estado de Cumplimiento).

Procedimiento interno en Chile¹⁸.

- a) Las solicitudes de traslado y sus respuestas se harán por escrito y deberá ser dirigida al Ministro de Justicia. La solicitud de condenado extranjero cumpliendo condena en Chile deberá presentarse a través del Alcaide del establecimiento penitenciario donde cumple su condena o a través del representante consular del país de su nacionalidad quien deberá remitirlo al Ministerio de Justicia.
- b) Si el requerimiento se efectúa ante un Estado extranjero, cualquier comunicación que sea enviada por éste deberá estar dirigida al Ministerio de Justicia. De esta forma, si el Ministerio de Relaciones Exteriores recibe alguna solicitud o comunicación sobre petición de traslado deberá remitirla al Ministerio de Justicia. Dentro de este Ministerio toda solicitud o comunicación de un Estado extranjero sobre petición de traslado será ingresada, analizada e informada por la División de Defensa Social¹⁹.
- c) Si la solicitud se presenta en Chile, el Ministerio de Justicia deberá informar, a la brevedad posible, de la solicitud de traslado al Estado de cumplimiento. Para ello se deberá generar una carpeta del caso, la cual contendrá, copia autenticada de la sentencia y su estado de encontrarse firme y ejecutoriada; certificación de tiempo restante de cumplimiento de la condena y textos legales penales aplicables al delito por el que se ha impuesto la condena; informe social; informe médico y psicológico del solicitante²⁰. Estos antecedentes los reunirá el Ministerio de Justicia y los enviará a la respectiva autoridad central directamente o a través de su Misión Diplomática, para su remisión al Estado de cumplimiento previa traducción, si fuese necesario.

16 Artículo V N° 3 Tratado sobre transparencia de presos condenados entre la República de Chile y la República Federativa de Brasil.

17 Artículo 3 letra e) del Tratado con Argentina sobre traslado de nacionales condenados y cumplimiento de sentencias penales.

18 Documento de trabajo "Guía de traslado de condenados"; División de defensa social, Ministerio de Justicia de Chile, p. 2.

19 En la División de Defensa Social esta materia quedará radicada en el Departamento de Adultos. La División Jurídica estudiará los asuntos de su competencia, entre ellos el cumplimiento del principio de la doble incriminación.

20 Quien se encarga de recopilar la documentación referida a la solicitud del condenado, copia íntegra de la o las sentencias de primera y segunda instancia, duración y tiempo de la condena y cuando sea procedente, informes médicos o sociales de la persona condenada, así como sugerencias para su tratamiento futuro en el Estado de Cumplimiento es el Departamento de Seguridad de Gendarmería de Chile, el cual luego de recabar dicha documentación, enviará la misma al Ministerio de Justicia para que pueda pronunciarse respecto del traslado.

Asimismo, solicitará a dicho Estado el certificado de nacionalidad, textos legales penales aplicables al delito, sistema de cumplimiento que seguirá y pronunciamiento acerca de la aceptación o rechazo de la petición de traslado.

- d) La resolución del Ministro de Justicia aprobando o rechazando una solicitud se enviará a la autoridad central del Estado de posible cumplimiento.

Principales criterios considerados en Chile para aprobar o rechazar una solicitud de traslado.

La división social de Ministerio de Justicia en sus documentos de trabajo consigna los siguientes criterios referenciales para la aprobación o rechazo de las solicitudes de traslado²¹: *Rehabilitación social del condenado*, la cual es considerada como la variable más importante para efectos de aprobar o rechazar una solicitud de traslado. La *gravedad del delito*, puede, ser utilizada como criterio para aprobar o rechazar una solicitud en aquellos casos que esté en armonía con una política pública, de carácter criminal, de nivel nacional²². La *Pena impuestas* al condenado extranjero, según la División Social, no debería constituir un obstáculo para la aceptación o rechazo del traslado solicitado. Respecto de los *antecedentes penales*, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, indica que constituyen uno de los factores que los Estados Partes pueden considerar al tomar la decisión relativa al traslado de una persona sentenciada²³. Para la división social, el *estado de salud físico y mental* se constituye como un factor muy relevante para la aprobación de la solicitud de traslado. Para ello se realizará un informe de salud por un profesional de Gendarmería de Chile. El *arraigo que el requirente tiene con el Estado de cumplimiento*²⁴ se constituye también como un factor de sumo relevante, para adoptar una decisión sobre la solicitud de traslado. Para ello Gendarmería de Chile elaborará un informe que de cuenta de la situación social del condenado²⁵. El Tratado con Argentina establece esta condición de *Pago de multas, gastos de justicia, reparación civil o condena pecuniaria*.

Discrecionalidad de los Estados para resolver las solicitudes de traslado

Las Convenciones y Tratados mencionados consagran la discrecionalidad para proceder o no a satisfacer la petición de traslado, sin necesidad de expresar causa.

Una vez aprobada la solicitud, se realizará los trámites concernientes al traslado²⁶. En Chile, el Ministerio de Justicia coordinará acciones con Gendarmería y la Policía de Investigaciones, para la salida de personas condenadas.

21 Documento de trabajo: "Condiciones y criterios para evaluar una solicitud de traslado"; División de Defensa Social, Ministerio de Justicia de Chile.

22 Ejemplos: Tráfico de estupefacientes: se puede considerar la cantidad de droga involucrada; la pertenencia a una asociación u organización para la comisión de delitos de la Ley 20.000, u otro criterio, que se considere propio de la política pública en este tipo de delitos; Casos de pedofilia y en general delitos en que se hayan transgredido derechos de niñas (os), adolescentes y jóvenes; Delitos contra la seguridad interior del estado; Violaciones de derechos humanos.

23 Argentina solicita un juego de fichas dactiloscópicas, a fin de requerir los antecedentes penales al Registro Nacional de Reincidencia.

24 La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, señala entre los factores a considerar, los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en el Estado sentenciador y en el Estado receptor ;

25 Argentina solicita información sobre el domicilio que el sentenciado en Chile tiene en ese país, a fin de realizar un amplio informe socioambiental. El tratado con Argentina hace alusión a: los vínculos que por residencia, presencia en el territorio, relaciones familiares u otros motivos, pueda tener con la vida social del Estado receptor.

26 Implica traslado al lugar de embarque, según el medio de transporte que corresponda, hasta la entrega del condenado a los agentes policiales del Estado de Cumplimiento que se encargarán de custodiar al condenado durante su

Efectos de la aceptación tripartita del traslado del condenado.

Las consecuencias del traslado para la persona condenada, de acuerdo a las Convenciones y los Tratados suscritos, nos indican que el Estado de cumplimiento debe asumir los gastos de traslado²⁷ y una vez ejecutado este, se suspenderá el cumplimiento de la pena en el Estado de condena y comenzará el cumplimiento del saldo en el Estado de cumplimiento, bajo las normas de éste último.

Forma de prosecución del cumplimiento de la pena en el Estado de cumplimiento, facultades y limitaciones.

El Estado de cumplimiento no podrá agravar la naturaleza o duración de la sanción impuesta originalmente por el Estado de condena y el cumplimiento de la condena se sujetara al ordenamiento del Estado que recibe al condenado connacional, Por lo mismo el Estado de cumplimiento puede convertir la condena de acuerdo a su legislación²⁸, aplicando normativa referida a la reducción del tiempo de condena o de cumplimiento alternativo de la misma, sin embargo, en el Tratado con la República del Brasil se establece que la pena impuesta por el Estado de condena no puede ser disminuida por el Estado receptor o de cumplimiento en ninguna circunstancia²⁹

Respecto de la revisión, el indulto y la amnistía hay que hacer distinciones en relación a los Tratados y Convenciones. Así el Convenio de Estrasburgo establece que cada parte podrá conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena en conformidad con su Constitución o sus demás normas³⁰. En cambio la Convención Interamericana³¹; el tratado con Bolivia³² y el tratado con Brasil³³, plantean que se conserva en el *Estado de condena* la facultad de revisar la sentencia, indultar, amnistiar o conmutar la pena impuesta, decisión que deberá ser cumplida por el Estado receptor del imputado trasladado.

Extranjeros y beneficios de la ley 18.216.

Tanto el beneficio de la remisión condicional de la pena como la libertad vigilada, regulados en la ley 18.216, establecen como condición y requisito respectivamente para su ejecución u otorgamiento, tanto la residencia en un lugar determinado como la readaptación o socialización del imputado. Ambos beneficios por su carácter de medida restrictiva de libertad requieren que el condenado tenga un medios social donde puedan vincularse y generar un proceso de resocialización siendo estos factores además indiciarios respecto a menores posibilidades de fuga del condenado ya que hay un grupo familiar o social que lo vincula con el lugar. Este último punto es de importancia como parámetro para consignar opiniones favorables en los informes pre -sentencial por parte de Gendarmería de Chile al momento de recomendar al Tribunal de

traslado.

27 En Chile, el gasto del pasaje de la persona condenada de nacionalidad chilena cuyo traslado ha sido autorizado se financia con el presupuesto de Gendarmería de Chile; y la Policía de Investigaciones de Chile asume los gastos de pasajes y viáticos de los funcionarios policiales que custodian al recluso durante su viaje a Chile.

28 El Convenio de Estrasburgo y el Tratado con Bolivia establecen la limitación que no se puede convertir una sanción privativa de libertad en una pecuniaria.

29 Artículo VI n°5, tratado de Transferencia de presos condenados entre la república de Chile y la república Federativa del Brasil

30 Artículo 12, Convenio de Estrasburgo

31 Artículo VII

32 Artículo X.

33 Artículo VI

fondo la concesión o no del beneficio de la libertad vigilada. Pues bien, el caso de los extranjeros, a mi juicio, las exigencias de la existencia de una red social o familiar que permita llevar adecuadamente su cumplimiento de pena en libertad, debe ser analizado considerando además la Convención Interamericana para el cumplimiento de condenas de penales en el extranjero y los Tratados con Argentina y Brasil, instrumentos que permiten el traslado de condenados sujetos a penas restrictivas de libertad. Es cierto que quizás el extranjero no tiene arraigo social y familiar en el país, con lo cual a primera vista no garantiza una adecuada resocialización en nuestra nación, pero sí existe este arraigo en su país de origen donde puede conseguir la readaptación o socialización que la medida alternativa de la pena tiene como horizonte. Entonces, Gendarmería de Chile en sus informes o el Tribunal de fondo en su fundamentación del beneficio, deberían consignar en su caso, que resulta favorable para una adecuada reinserción social y los fines de pena que el cumplimiento alternativo de la misma se cumpla en el país de origen del condenado de acuerdo como lo permiten los Tratados y Convenios Internacionales³⁴. Con ello, sin duda, se facilitaría el traslado del imputado a su país de origen y ayudaría a descongestionar el sistema alternativo de cumplimiento de condenas chileno.

34 El tratado con Argentina, artículo 7; La Convención Interamericana de cumplimiento de condenas penales en el extranjero, artículo V y el tratado con Brasil, artículo V, establecen que los Estados pueden hacer recomendaciones para una adecuada toma de la decisión de traslado y posterior cumplimiento de la pena en el país de origen del condenado extranjero, para que se logren los fines de reinserción social

DERECHO DE LA MIGRACIÓN E INMIGRANTES EN EL SISTEMA PENAL EN EUROPA

PHILIPP TROESCH¹

1. Introducción. Integración del derecho en Europa

La comprensión del derecho europeo en cualquier marco empieza con la noción de la integración del derecho. Esta integración ya está muy avanzada en algunos ámbitos, mientras que en otros no existe, o prácticamente no existe. Además el proceso de la integración no es sistemático, sino fragmentado, incompleto y lento. Resulta que en cada lugar en Europa se aplican normas provenientes de legislación de varios niveles.

Eso vale igualmente por el derecho de la migración y derecho penal, en los cuales se tienen que considerar en particular las bases legales siguientes:

- Mundial: La convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra).
- Consejo de Europa: La Convención Europea sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). La CEDH contempla esencialmente un catálogo de derechos humanos y una corte de derechos humanos en Strasburgo; esta corte trata recursos de individuales contra decisiones de última instancia de los estados miembros.
- Unión Europea (UE): El principio de la libre circulación, tratados de Schengen y Dublin.
- Estados Centrales (federales): Derecho penal y derecho de la migración nacional; normas de procedimiento.
- Estados federados: normas de procedimiento.
- Municipalidades.

Por la formación y la especialización de su autor el presente artículo se refiere a la situación legal en Suiza y más particularmente en el cantón de Zurich; sin embargo, el margen para legislar por los estados nacionales, sobre todo en el ámbito del derecho de la migración, está muy restringido por el derecho internacional así que la situación legal es comparable en otros países de Europa.

2. La libre circulación de personas

La libre circulación de personas es uno de los principios fundamentales de la UE, una de las "4 libertades" (las otras siendo la libre circulación de bienes, de servicios y de capitales).

¹ Abogado.

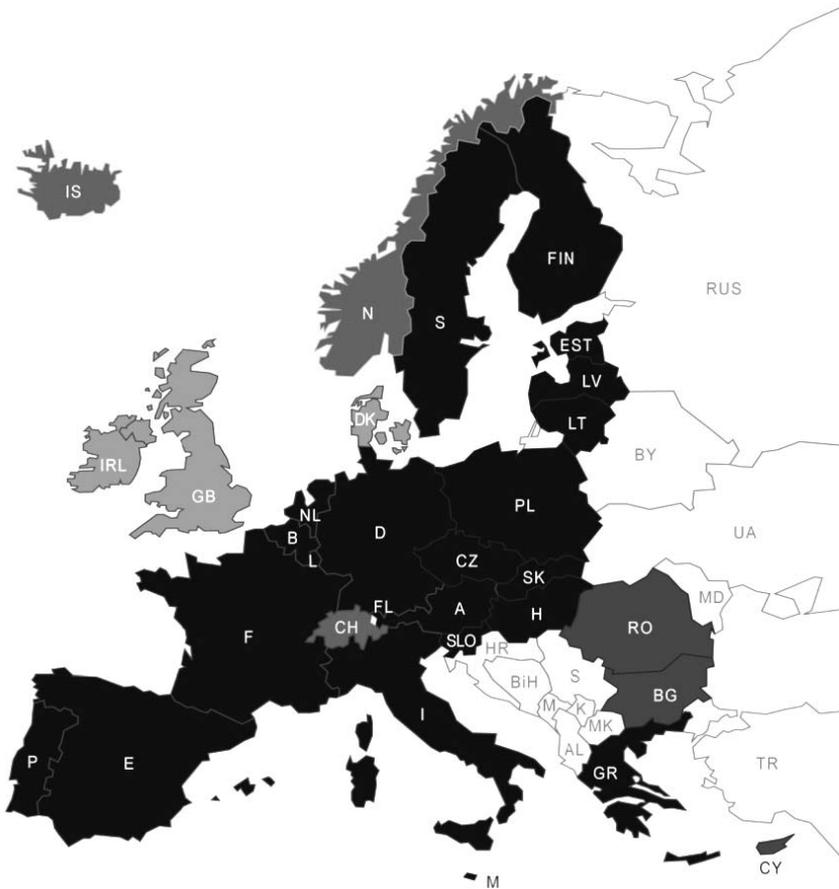
Los beneficiarios son los ciudadanos de los países miembros de la unión y de Suiza, Noruega e Islandia con los cuales los países miembros han concluido tratados bilaterales al respecto.

Los beneficios son el derecho de viajar, vivir y trabajar en cada uno de los países. Los estados sólo pueden rechazar la solicitud de un permiso de entrada o de residencia por razones de seguridad interna o por falta de recursos del interesado.

3. El espacio Schengen

El espacio Schengen fue creado por un tratado internacional entre varios estados europeos con el doble objetivo de facilitar la libre circulación de personas y de aumentar la seguridad interna. El tratado contempla esencialmente la abolición del control de personas a las fronteras internas del espacio y, en el mismo tiempo la intensificación del control a las fronteras externas.

El siguiente mapa muestra el espacio Schengen:



Negro: Países miembros de la UE y del Espacio Schengen

Gris oscuro: Países asociados (miembros del Espacio, pero no de la UE)

Gris intermedio: Miembros futuros

Gris claro: Miembros de la UE con estatus especial

Los países colorados en azul profundo y verde forman el actual Espacio Schengen. Rumania y Bulgaria se unirán al Espacio al cabo de un plazo transitorio, mientras el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca optaron a no integrarse al Espacio por razones políticas.

4. Entrada en el Espacio Schengen; “Visa Schengen”

Cada uno de los miembros del Espacio Schengen puede otorgar visas de entrada que le dan al titular el derecho de viajar libremente en el Espacio. Estas visas valen por una duración máxima de tres meses cada seis meses.

Los estados miembros siguen una política común de otorgamiento del “visa Schengen” que consiste esencialmente en una lista de países sin obligación de visa (entre ellos Chile) y criterios comunes para el otorgamiento: Documentos válidos, no constituir peligro por la seguridad interna, salud pública, relaciones extranjeras, no tener infracciones previas, voluntad de salir del país al cabo de tres meses; medias suficientes y seguro de enfermedad.

5. Residencia: Los 3 círculos

Para estancias más largas que tres meses no hay política común. Los estados otorgan los permisos según su derecho nacional. En principio, estos permisos nacionales no dan el derecho de viajar en otros países del Espacio.

Producto del principio de la libre circulación se aplica una distinción entre solicitantes según su origen nacional. Se pueden definir, según la terminología suiza, tres círculos:

El primer círculo consiste en ciudadanos de países miembros de la UE o de países asociados: Estas personas aprovechan de la libre circulación y tienen el derecho de tomar residencia con las reservaciones mencionados más arriba.

El segundo círculo consiste en ciudadanos de otros países con distintas cualificaciones (especialistas, deportistas, estudiantes, jubilados etc.). A estas personas se les otorgan permisos según necesidad económica y bajo reserva de carencia en el primer círculo. En la práctica, el solicitante o su empleador tiene que demostrar que no se puede emplear a un ciudadano de un país miembro por el puesto previsto del solicitante. Jubilados tienen que mostrar recursos suficientes y no obtienen permisos para actividad lucrativa.

El tercer círculo consiste en los demás a los que en principio no se otorgan permisos de residencia. Las dos excepciones que se aplican a este principio son la protección de la vida familiar según el artículo 8 de la CEDH y el principio de non-refoulement según la Convención de Ginebra que veamos más abajo.

6. Protección de la vida familiar según el Art. 8 de la CEDH

El artículo 8 CEDH obliga al estado miembro a respetar la vida familiar y privada, el domicilio y la correspondencia de las personas que se encuentran en su territorio independientemente del título legal de la estancia. La corte en Strassburgo aplica una interpretación amplia al término ‘vida familiar’ la cual incluye además de los cónyuges e hijos menores, parejas no casadas y homosexuales, y otros familiares dependientes.

Se infiere del derecho a la vida familiar el derecho a un reagrupamiento de la familia si los familiares se encuentran separados. Sin embargo, la CEDH no exige que el reagrupamiento se haga

en el territorio del estado miembro si los familiares que residen allá pueden razonablemente juntarse con el resto de su familia en otro país. En revés, si no es exigible que la familia se junte en otro país el estado miembro está obligado de otorgar permisos de entrada y residencia para permitir el reagrupamiento familiar.

Injerencias en el derecho a la vida familiar y, por consecuencia, en el derecho al reagrupamiento familiar son admisibles su condición que son

- Previstas en la ley;
- Necesarias en una sociedad democrática para
- La seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

7. Non-refoulement

Según la definición del Art. 1A de la Convención de Ginebra, un refugiado es una persona que se encuentra fuera de su país de residencia habitual por temor fundado de ser perseguido individualmente por motivos políticos.

La Convención de Ginebra prohíbe a los estados miembros expulsar o devolver a personas con estas características a un país en dónde correrían el riesgo de ser perseguido (Art. 33). Eso es el principio del *non-refoulement*.

En Europa el principio del *non-refoulement* se aplica también a personas con temor de ser sometidos a la tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes aunque que el perseguidor no tenga motivos políticos (Art. 3 CEDH). Se aplica en particular a delincuentes del derecho penal civil si estos irían a ser torturados o condenados a la muerte en su país de origen.

El principio del *non-refoulement* forma parte del derecho internacional imperativo (*ius cogens*) lo que significa que los estados se pueden liberar de las obligaciones respectivas por acto contrario.

Las excepciones al *non-refoulement* son muy restrictivas. No lo puede invocar una persona que presente un peligro para la seguridad o constituya una amenaza por la sociedad del país dónde se halla. La protección bajo el principio del *non-refoulement* es casi absoluta.

8. Procedimiento de asilo y tratado de Dublin

Se infiere de la Convención de Ginebra la obligación de los estados de ofrecer un procedimiento legal para determinar la calidad de refugiado y para evaluar una solicitud de asilo. En la práctica este procedimiento es la única forma de obtener un permiso de residencia en un país de Europa para extranjeros del tercer Círculo,, sin familiares ya residentes. Sin embargo, el procedimiento de asilo no es adecuado para una parte de estas personas que no migran por temor de persecución, sino por otros motivos, incluso económicos.

El procedimiento de asilo que debería servir para tratar casos excepcionales se ha transformado en un procedimiento mayoritario en gran parte de los países en Europa.

Debido entre otros factores a la facilidad de viajar dentro de Europa y la obligación legal de los estados de tramitar cada solicitud de asilo se produjo el fenómeno que las mismas personas presentaron varias solicitudes de asilo consecutivos en varios países de Europa; cuando se

rechazó la solicitud en un primer país el interesado fue a otro país para presentar a nuevo su solicitud.

Para evitar este fenómeno los países del Espacio Schengen concluyeron el Tratado de Dublin que contempla el principio que cada persona tiene derecho a un procedimiento de asilo en el Espacio Schengen, pero sólo uno. Bajo el tratado de Dublin el estado de entrada del extranjero es competente para tramitar la solicitud; si el extranjero se encuentra en otro estado, este estado está en derecho de deportarlo al estado de entrada sin procedimiento material.

El tratado de Dublin funciona en la práctica pero tiene dos fallas importantes: Primero, el tratado repone en la suposición que la calidad de los procedimientos de asilo sean de la misma calidad en todos los países miembros del Espacio Schengen. Sin embargo, esta suposición no se ve confirmada en la realidad ya que los procedimientos en varios países no cumplen con los requisitos mínimos. Este hecho está aceptado por la justicia en varios estados miembros que ya no deportan a solicitantes a Grecia, en particular. La segunda falla es el instrumento para determinar la competencia: La solución del tratado (competencia del estado de entrada) desfavorece los estados en el sur y en el oriente del Espacio ya que por estos estados llega la mayoría de los migrantes de África y de Asia.

9. Derecho Penal

No hay integración de derecho en el ámbito del procedimiento penal en Europa. Sin embargo la CEDH contempla unas bases fundamentales.

El Art. 5 CEDH sobre el derecho a la libertad estipula entre otros que

- La privación de la libertad solo es admisible en casos determinados por la ley y con arreglo al procedimiento legal;
- Se debe que informar al detenido de los motivos de la detención en un plazo breve y en un idioma que entienda.
- El detenido tiene el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o liberado de la detención preventiva.
- Se dispone de un recurso judicial contra la prevención preventiva.
- El detenido tiene derecho a una compensación por detención ilegítima.

El Art. 6 CEDH sobre el proceso equitativo estipula entre otros que

- El procedimiento penal sea equitativo, público, expediente (¿a qué se refiere?) e imparcial.
- Se respete el principio de la presunción de la inocencia.
- El acusado debe tener derecho de ser informado en una lengua que entienda, de la naturaleza de una acusación penal.
- El acusado debe disponer del tiempo y facilidad para defenderse.
- El acusado puede aprovechar la asistencia por un defensor elegido.
- El acusado puede aprovechar la asistencia por un defensor gratuito, si no tiene medios de pagarlo.
- El acusado debe tener derecho a interrogar testigos.
- El acusado debe tener derecho a una traducción gratuita si no entiende el idioma de la audición.

El Art. 7 CEDH contempla el principio que no hay pena sin ley (escrita, clara y anterior).

El Art. 14 CEDH prohíbe la discriminación, entre otros por razones de raza, color, lengua u origen nacional. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, sino se refiere solamente al "goce de los

derechos y libertades” contemplados en la convención. En otros términos los estados están libres a discriminar en ámbitos que la convención no toca (por ejemplo en los ámbitos de la tributación, de la seguridad social y de la entrada en el país). El procedimiento penal sí está contemplado en la convención, y por lo tanto, cada discriminación constituye una violación de la CEDH, incluso si el acto discriminatorio en sí no esté en contravención de la convención.

El derecho nacional de cada país en Europa conoce delitos propios a la migración como residencia o actividad lucrativa sin permiso, fomento de la entrada o residencia ilegal, empleo de extranjeros sin permiso, fraude para obtener un permiso y otros.

10. Expulsión de delincuentes extranjeros

Los requisitos para expulsar a un extranjero dependen de la base de su título legal de residencia. Si este título se deriva del derecho internacional los estados nacionales no tienen margen para legislar sobre la expulsión.

Los ciudadanos de países miembros y asociados de la UE (1. Círculo) sólo pueden ser expulsados por razones de seguridad nacional.

La expulsión por delincuencia de profesionales, estudiantes o similares de otros países (2. Círculo) se determina por la ley nacional. En Suiza se puede expulsar a un delincuente si este ha sido condenado a una larga pena; el término “larga pena” se interpreta según las circunstancias del caso concreto por los tribunales y autoridades cantonales (de los estados federados).

Las posibilidades de expulsar refugiados delincuentes son muy limitadas. La expulsión sólo es admisible si el interesado presenta un peligro para la seguridad o una amenaza para la sociedad del país en el cual se halla.

La expulsión de familiares se determina por el Art. 8 CEDH; es admisible si es necesario para la seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Normalmente la expulsión se ejecuta después de la pena. Los tratados internacionales que permiten que la pena se cumpla en el país de origen son poco numerosos y dependen de la aprobación de este último país.



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl