



2023

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol N° 13.810-22 INA

[13 de julio de 2023]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE LA EXPRESIÓN "*DE LOS DELITOS COMETIDOS CON INFRACCIÓN A LA LEY N° 20.000 Y*", CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 34, INCISO PRIMERO, PARTE FINAL, DE LA LEY N° 18.216

WILLIAM TITO APAZA

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 256-2022, RUC N° 2200257817-8, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, BAJO EL ROL N° 586-2022 (PENAL)

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 15 de noviembre de 2022, William Tito Apaza deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "*de los delitos cometidos con infracción de la ley N° 20.000 y*", contenida en el artículo 34, inciso primero, parte final, de la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, en el proceso penal RIT N° 256-2022, RUC N° 2200257817-8, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Arica, por recurso de nulidad con apelación en subsidio, bajo el Rol N° 586-2022 (Penal).

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna

La preceptiva legal cuestionada dispone:

Artículo 34, inciso primero:



*“Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. La misma sustitución se aplicará respecto del extranjero que resida legalmente en el país, a menos que el juez, fundadamente, establezca que su arraigo en el país aconseje no aplicar esta medida, debiendo recabar para estos efectos un informe técnico al Servicio Nacional de Migraciones, el que deberá ser evacuado al tenor del artículo 129 de la Ley de Migración y Extranjería. No procederá esta sustitución respecto **de los delitos cometidos con infracción de la ley N° 20.000 y** de los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, ni de los condenados por los delitos contemplados en el párrafo V bis, de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, del Título octavo del Libro Segundo del Código Penal.”.*

Antecedentes y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Como antecedentes, refiere el actor, de nacionalidad Boliviana, que fue formalizado y acusado por el Ministerio Público como presunto autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Agrega que el día 14 de octubre de 2022, se celebró la Audiencia de Juicio Oral, dictándose veredicto condenatorio por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en el proceso penal arriba individualizado y, con fecha 21 de octubre, el Tribunal Oral procedió a la lectura de la sentencia, la que dio por acreditado como hechos que el requirente señor William Tito Apaza, el día 17 de marzo de 2022, en las cercanías del hito 18, en las inmediaciones del Complejo Fronterizo Chungará, fue sorprendido por personal del Ejército de Chile, ingresando al país por un paso no habilitado y de modo clandestino, desde Bolivia, y al efectuarle un control de identidad investigativo así como posteriormente al ponerlo a disposición de personal de la Brigada Antinarcótics de la Policía de Investigaciones de Chile, se pudo determinar que portaba cocaína base, por un peso neto de 510,6 gramos y un porcentaje de pureza del 26%; sustancia, equivalente a 7.659 dosis, evaluadas en la suma de \$7.659.000.

Se indica que, por estos hechos, el TOP de Arica condenó al señor William Tito Apaza como autor en grado consumado de un delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo 3° y sancionado en el artículo 1° de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo.

Añade el requirente que, en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, la Defensoría Penal Pública solicitó sustituir el cumplimiento de dicha pena privativa de libertad por la pena de expulsión del territorio nacional, la que fue denegada por el Tribunal Oral, precisamente, en aplicación de la expresión impugnada de inaplicabilidad *"de los delitos cometidos con infracción de la ley N° 20.000 y"*, contenida en el artículo 34, inciso primero, parte final, de la Ley N° 18.216.

Así, consigna la sentencia que con independencia de que la expulsión diga relación con un extranjero que resida o no en forma legal en el país, a que se aluden en los dos primeros párrafos del inciso primero del artículo 34, lo cierto es que, el inciso final de dicha norma, vigente, por los demás, al 17 de marzo de 2022, establece la prohibición expresa de sustituir la pena corporal, por la de expulsión, de aquellos condenados por delitos contemplados en la Ley N° 20.000. Norma prohibitiva que, por lo demás, no da pie a una interpretación diversa, conforme lo solicita la defensa.



Frente a lo resuelto, la DPP interpuso recurso de nulidad, y, en subsidio, la apelación del artículo 37 de la Ley N° 18.216, los cuales actualmente se encuentran pendientes ante la Corte de Apelaciones de Arica (Rol N° 586-2022-Penal), y suspendido en su tramitación conforme a lo ordenado por la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional.

Enseguida, la parte requirente afirma que la aplicación de la preceptiva legal impugnada, en la gestión judicial invocada, es decisiva y produce, en el caso concreto, efectos contrarios a la Constitución, dando por infringidos sus Artículos 1; 5°, inciso 2°; en relación con los Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y el Artículo 19 N° 2 y N° 3, inciso sexto, de la misma Carta Fundamental.

Se añade que el requirente es indígena, y pertenece al pueblo Quechua, tiene vinculaciones comunitarias a la localidad de Amarete en Bolivia, habla quechua, y es miembro activo de la asociación de Kallawayá (Jalla Walla), organización dedicada al conocimiento y difusión de medicina natural e indígena; lo cual -indica la Defensa- hace plenamente aplicable el Convenio 169 de OIT, cuyo art. 10 dispone: que *“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”*

Volviendo a las disposiciones constitucionales que se dan por vulneradas; sostiene la DPP que el texto actualmente vigente del artículo 34 de la Ley N° 18.216, fue incorporado por la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, del año 2021, y de cuya historia fidedigna no es posible desprender un fundamento razonable y objetivo para la exclusión de la pena sustitutiva de expulsión a los extranjeros condenados por todos los delitos previstos y sancionados en la Ley N° 20.000.

En efecto, el artículo 34 excluye a los delitos contemplados en la Ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes; así como los delitos de contrabando; de tráfico de migrantes; de trata de personas, y el delito de asociación u organización ilícita para cometer tráfico ilícito de migrantes o trata de personas.

La exclusión de los delitos enunciados implica que los extranjeros que resulten condenados por esos ilícitos penales no podrán ser expulsados del territorio nacional, y deberán cumplir las respectivas penas que se les imponga en Chile, probablemente en forma efectiva.

Luego, estima la parte requirente que esta exclusión importa en la especie vulnerar la dignidad humana; el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley; el principio de proporcionalidad, y el principio non bis in ídem.

Así:

1°. Se vulnera la dignidad humana, porque cuando se analiza la aplicación concreta del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita desde el prisma del artículo 1° de la Constitución Política de las República; la exclusión de la posibilidad de acceder a una pena sustitutiva de expulsión, para una persona extranjera que no tiene arraigo en territorio chileno, resulta incompatible con la vigencia de la Dignidad del requirente.

2°. Se infringe el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley, garantizados por el artículo 19 N° 2 constitucional.

En esta parte se afirma que la Sala Penal de la Corte Suprema ha afirmado en fallo reciente, (SCS 14.451-2022. C. 28.) que *“la condición de migrante constituye una categoría sospechosa cuya utilización como criterio diferenciador de una decisión jurisdiccional puede importar un motivo de discriminación secundaria, que*



solo está permitida en la medida que se acredite que ella resulta legítima, objetiva, razonable y proporcional”.

En este sentido, se reitera que si se revisa la discusión parlamentaria acerca del precepto legal impugnado, salta a la luz su irracionalidad, toda vez que no es posible identificar cuál es realmente la finalidad de la diferenciación, al incluir los delitos de la Ley N° 20.000 en la prohibición del artículo 34 de la Ley N° 18.216 y no, por ejemplo, otros delitos de mayor gravedad; al tiempo que tampoco se identifica claramente en qué consiste la finalidad de la norma, si se tiene presente que la Ley de Drogas integra una serie de tipos penales, que protegen bienes jurídicos diversos y asignan sanciones radicalmente distintas; que van desde multas hasta penas privativas de libertad de presidio mayor.

Así, concluye la DPP que cuando se le excluye al requirente de la posibilidad de acceder a la pena sustitutiva de expulsión, se genera a su respecto una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.

3°. Se vulnera el principio de proporcionalidad, y los artículos 19 N°s 2 y 3 de la Constitución.

En esta parte, se afirma que el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de todo trato legal a los justiciables debe partir de la siguiente premisa: la generalidad de la ley penal lleva ínsita una prohibición de discriminación, esto es, las mismas penas para todos.

Luego, la determinación de excluir a determinadas personas condenadas por cierto tipo de delitos de la aplicación de una pena sustitutiva requiere una explicación de las razones que conducen a la adopción de esta decisión legislativa. Esa justificación racional es esperable encontrarla en la historia de la ley donde deberían quedar plasmadas las razones que determinaron esta solución.

Ello es exigible para hacer realidad y realmente operativo el artículo 19 N° 2 de la Constitución cuando impone al legislador la limitación de no hacer diferencias arbitrarias. Sin embargo, en este caso -se sostiene- no existen en la discusión legislativa argumentos fundados y válidos en relación con la diferenciación de trato que se efectúa, lo que es asimismo, contrario al principio de proporcionalidad.

Al efecto, sostiene la DPP la norma cuestionada no sorteaba el test de proporcionalidad; ni en su examen de necesidad, ni de idoneidad, ni de proporcionalidad en sentido estricto.

Agrega que el principio de proporcionalidad, como garantía de un procedimiento racional y justo, asegura que el juez no sea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas.

Sin embargo, el inciso 1°, parte final, del artículo 34 de la Ley N° 18.216, colisiona con este principio y con aquello expresamente dispuesto en el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que exige al legislador “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

4°. Se afecta el principio non bis in ídem: Artículo 19 N° 3, inciso sexto, y Artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, este último en relación con los Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con los Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se indica, en esta parte, que en la especie se configura una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, toda vez que, en este caso concreto, el tipo penal del artículo 3 de la Ley de Drogas, se enmarca en la protección del bien jurídico supraindividual salud pública. A su vez, el artículo 32 N° 5 de la Ley N° 21.325, establece la prohibición imperativa de ingreso al país, a la que reconducen las



normas sobre expulsión administrativa de los artículos 127 y 128. Precisamente -se indica por la DPP-, el fundamento de la prohibición del N° 5 del artículo 32 es la “condena” por un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, es decir, el reconocimiento jurisdiccional del despliegue de una acción típica, antijurídica y culpable, capaz de poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido.

Luego, un eventual acto administrativo que disponga la expulsión del requirente, no se fundará en la condena por tráfico de drogas como un estado de cosas autónomo, sino que se sustentará en la condena como reconocimiento jurisdiccional del acaecimiento de esos hechos.

Agregando que resultaría una afectación grave al non bis in ídem que al actor se le deniegue, por aplicación del precepto legal impugnado, la posibilidad de acceder a una pena sustitutiva de expulsión y tenga que cumplir íntegramente su condena en territorio nacional para que con posterioridad, sea igualmente expulsado, pero ahora por la vía administrativa; al tiempo que ello supondría una sobre reacción punitiva incompatible con el non bis in ídem, toda vez que a la pena de presidio asignada al delito, se la adicionará una sanción administrativa que materialmente, resultaría equivalente a una pena aflictiva.

Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue acogido a tramitación por la Segunda Sala de este Tribunal y la misma Sala lo declaró admisible; ordenándose asimismo la suspensión del procedimiento en la gestión judicial concernida, conforme consta en resoluciones que rolan a fojas 121 y 165 de estos autos constitucionales.

Conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes en la gestión invocada, fueron formuladas observaciones al libelo de inaplicabilidad dentro de plazo legal por el Ministerio Público, instando por el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad en todas sus partes.

Así, en su presentación de fojas 174 y siguientes consigna que en la especie no se genera ninguno de los efectos inconstitucionales denunciados en el libelo de fojas 1 por la aplicación de la expresión “*de los delitos cometidos con infracción de la ley N° 20.000 y*”, contenida en el artículo 34, inciso primero, parte final, de la Ley N° 18.216, debiendo desestimarse en este caso toda infracción a los principios de igualdad y proporcionalidad, y a la prohibición de castigar dos veces una misma conducta.

1°. En primer término, no se vulneran principios de igualdad ni de proporcionalidad.

Desde luego, porque de la historia fidedigna del establecimiento del impugnado artículo 34, introducido por la Ley N° 21.325, sobre migración y extranjería, del año 2021, sí constan motivos razonables y objetivos para contemplar esta exclusión a la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional. Así consta de las intervenciones de la H. Senadora Ebensperger y del H. Senador Pizarro, y del Subsecretario señor Galli, durante la discusión del proyecto ante el Congreso Nacional.

En efecto, y como se encarga de destacarlo el mismo requerimiento -afirma el MP- la finalidad de la modificación legal fue desincentivar el transporte de drogas hacia al país, siendo a su vez evidente que, siguiendo ese mismo criterio, fueron agregados al precepto los delitos de contrabando y de tráfico de migrantes.

Si esta política es mejor o peor para enfrentar el ingreso de drogas, mercancías de contrabando o personas migrantes, es sin duda una discusión legítima, pero que no toca los aspectos constitucionales concernidos en el presente requerimiento (fojas 179).



Pero, lo cierto es que el principio de igualdad no se vulnera, desde que en este caso está expresamente señalada la motivación del legislador para abarcar en el precepto impugnado de inaplicabilidad un conjunto de ilícitos que comparten rasgos relevantes de las conductas que se quiere sancionar, de suerte que se trata de una norma motivada bajo parámetros legítimos y constitucionales, que se ubica íntegramente dentro de los márgenes que el Legislador tiene reconocidos en la misma Carta Fundamental.

Enseguida, destaca el MP que nos encontramos frente a una limitante para sólo una de las posibles penas sustitutivas contempladas en la Ley N° 18.216, además de que el precepto abarca varios ilícitos cuyas características calzan con las motivaciones tenidas a la vista para la introducción del texto reprochado.

Y, no existiendo vulneración al principio de igualdad, del mismo modo caería -en el caso particular- la pretendida infracción al principio de proporcionalidad.

No hay arbitrariedad en la ley, ni malamente puede configurarse una diferenciación arbitraria en este caso; al tiempo que la medida adoptada es proporcionada y ajustada al examen de necesidad, de idoneidad, y de proporcionalidad en sentido estricto; en el marco de una regla penal que abarca no solamente los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y aun bien la regla sería igualmente lícita si esto último fuera así, lo cierto es que el precepto abarca tres tipos de delitos que se refieren al ingreso al país de drogas, mercancías de contrabando y personas migrantes, lo que los conecta como conductas ilícitas transfronterizas altamente perniciosas, reconocidas por el legislador.

2°. Por otro lado, en cuanto a la supuesta infracción a la prohibición de castigar dos veces la misma conducta, que el requerimiento indica derivaría del hecho que, sin perjuicio de la aplicación de la regla penal criticada, el requirente podría, además, ser eventualmente expulsado del país una vez cumplida la condena; afirma el Ministerio Público que este reclamo, a todo evento, se sitúa completamente fuera de la órbita del impugnado inciso primero del artículo 34 de la Ley N° 18.216, precepto legal que no contiene elemento alguno que suponga o amenace con la posibilidad de expulsión que se objeta, desde que esto último derivaría, en su caso, de las reglas que consagran facultades para la autoridad administrativa en materia de Migración y Extranjería, como lo serían los artículos 127 y otros pertinentes de la Ley N° 21.325, por cierto no reprochados de inaplicabilidad en el libelo de fojas 1.

En consecuencia, y siendo que, en el caso concreto, la parte requirente no ha sido condenada previamente por el delito invocado en el proceso penal concernido en la gestión judicial pendiente, no puede pretenderse que ha existido en la especie doble juzgamiento; al tiempo que lo planteado en el requerimiento en esta parte no es sino una hipótesis que está a demasiados pasos, tanto de la aplicación del precepto atacado, como de la aplicación de las reglas contenidas en la Ley de Migración y Extranjería.

Hace presente el MP, además, que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Procesal Penal chileno, invocados en el requerimiento, existe efectivamente un derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por un mismo hecho en sede penal, pero no existe una consagración en la Ley Chilena o en las Convenciones de Derechos Humanos a las cuales se encuentra suscrito nuestro país, de un derecho a no ser sancionado en sede penal e infraccional o de otro tipo por el mismo hecho.

Por lo expuesto, se solicita por la parte requerida se desestime en todas sus partes el requerimiento de inaplicabilidad de autos.



Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 12 de enero de 2023, a fojas 187, fueron traídos los autos en relación y, en audiencia de Pleno del día 6 de abril de 2023, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el señor Relator, quedando la causa en estudio. Con fecha 26 de abril de 2023, fue adoptado el acuerdo y la causa quedó en estado de sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

1. Que, los antecedentes de hecho y argumentos de derecho reseñados en la parte expositiva de la sentencia, conducen a resolver si la aplicación del artículo 34 de la Ley N° 18.216, en aquella parte que excluye la pena sustitutiva de expulsión del extranjero en el caso de los delitos cometidos con infracción de la ley N° 20.000, produce los efectos inconstitucionales denunciados en el requerimiento, esto es, la infracción a los artículos 1, 5 inciso 2, 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política de la República, y de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En concreto, se alega por el requirente que se vulneran los principios de dignidad, no discriminación, igualdad ante la ley, proporcionalidad y de *non bis in idem*.

2. Que, esta Magistratura ha conocido una importante cantidad de requerimientos de inaplicabilidad relativos a preceptos de la Ley 18.216 en tanto excluyen, respecto de determinados delitos, la procedencia de las penas sustitutivas establecidas en la ley. Específicamente los requerimientos dicen relación con la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1 inc. 2° de la Ley N° 18.216 que excluía de su aplicación determinados delitos establecidos en la Ley N° 17.798 de Control de Armas, siendo acogidos, por voto de mayoría, gran parte de estos requerimientos. Sin embargo, no existen pronunciamientos de esta Magistratura, en sede de inaplicabilidad, respecto a la exclusión de la expulsión judicial de extranjeros en relación con los delitos que se indican en el artículo 34 de la Ley N° 18.216.

De esta forma, y, no obstante, la similitud de las alegaciones vertidas con requerimientos previos relativos a la Ley N° 18.216, se hace preciso advertir que estamos en presencia de un conflicto con sus propias particularidades. Estas particularidades no dicen relación con el estatus de categoría sospechosa invocada por el requirente, sino más bien con la naturaleza jurídica de la institución a la que busca acceder, esto es, la expulsión judicial de extranjeros incorporada en la Ley N° 18.216 que, como veremos, dista de la naturaleza y fines de las demás penas sustitutivas del catálogo establecido en su artículo 1, penas a las que -conviene aclararlo desde ya- no se ve impedido de acceder el extranjero condenado.

Es así que para la adecuada resolución del conflicto constitucional planteado se hace necesario profundizar sobre los antecedentes legislativos y naturaleza jurídica de la pena sustitutiva de expulsión que, en adelante, denominaremos “expulsión judicial” de extranjeros para distinguirla de la “expulsión administrativa”. Hecho lo anterior, nos pronunciaremos sobre la efectividad de las alegaciones formuladas en el libelo constitucional, que, en síntesis, se hacen consistir en que la imposibilidad de acceder a la pena de expulsión se traduce en un trato indigno, discriminatorio y desproporcionado.



II. LA EXPULSIÓN JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

1. Mecanismos de expulsión en el ordenamiento jurídico chileno

3. Que, en relación con la configuración legal de la expulsión de extranjeros en el derecho nacional, en el ordenamiento jurídico chileno se distinguen dos tipos de expulsión: la administrativa y la judicial. A ambas se refiere el artículo 126 de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería:

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

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

La autoridad competente, causales, procedimiento, ejecución, suspensión y control de la medida de expulsión administrativa se regula en la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería. Por su parte, a la expulsión judicial se refiere el artículo 34 de la ley N° 18.216.

4. Que, la expulsión administrativa también se encontraba contemplada en el Decreto Ley N° 1.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile, derogada por la reciente Ley de Migración y Extranjería. En cambio, la expulsión judicial, como pasamos a analizar a continuación, es una institución más reciente que se incorpora el año 2012 con la entrada en vigor de la Ley 20.603 que agrega al catálogo de las penas sustitutivas de la Ley 18.216 la expulsión judicial de extranjeros. Específicamente, se incorpora el párrafo 3° titulado “De la regla especial aplicable a los extranjeros” en el Título V “Del reemplazo de la pena sustitutiva y las penas mixtas”.

5. Que, como ya se ha observado, las alegaciones del requirente se estructuran sobre la base de que estamos en presencia de una pena sustitutiva que comparte, en algún sentido, la misma naturaleza y fines que las demás establecidas en el catálogo del artículo 1 de la Ley N° 18.216. En esta línea, considera que la exclusión de la expulsión judicial tratándose del delito imputado al requirente es contraria a la Constitución de acuerdo con los estándares que han sido fijados por la jurisprudencia mayoritaria de este Tribunal, principalmente, a propósito de la exclusión de penas sustitutivas respecto de los delitos establecidos en la Ley N° 17.798 de Control de Armas.

6. Que, para pronunciarse sobre estas alegaciones, resulta necesario dilucidar si es que la expulsión judicial de extranjeros comparte o no la naturaleza y fines de las demás penas establecidas en el catálogo del artículo 1° de la Ley N° 18.216. Esto es trascendente, de un lado, porque, como analizaremos, el condenado extranjero puede acceder -cumpliendo con los requisitos legales- a todo el catálogo de penas sustitutivas establecidas en dicha ley, y de otro, porque si la expulsión judicial no está revestida de las características de las demás penas sustitutivas, resulta improcedente trasladar sin más -del modo en que lo hace el requirente- las argumentaciones vertidas por la jurisprudencia mayoritaria de esta Magistratura relativa a la exclusión de este tipo de penas ante la comisión de determinados delitos.



De esta forma, menester es reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la expulsión judicial, para lo cual se tendrán presentes los antecedentes legislativos de la institución, y lo reflexionado por la doctrina nacional y extranjera.

2. La expulsión judicial de extranjeros: convergencia entre política criminal y política migratoria

7. Que, existe un relativo consenso en la doctrina en orden a que la expulsión penal de extranjeros constituye un acercamiento de la política criminal a la política de extranjería (cfr., Navarro Cardoso, Fernando, 2006, Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n° 17, p. 156). Refiriéndose a este fenómeno, la doctrina nacional ha señalado que *“la expulsión judicial como respuesta prioritaria a la criminalidad de los migrantes no es un fenómeno exclusivamente chileno, sino común a una amplia pluralidad de países. Este instrumento y, más en general, la creciente conexión entre control migratorio y sistema penal, como asimismo el reforzamiento de las deportaciones vinculadas al delito, constituyen elementos claves del fenómeno político-criminal de la crimigración”* (Brandariz, José; Dufraix, Roberto; Quinteros, Daniel, 2018, La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de *Crimmigration?*, Política criminal, Vol. 13 N° 26, p. 756).

8. Que, para la resolución del presente conflicto constitucional, resulta relevante considerar la expulsión judicial como una manifestación del vínculo, cada vez más estrecho, entre la política criminal y la política migratoria. Esto, porque es claro que el legislador tiene un margen de libertad para la configuración de ambas políticas, en la medida que se ajuste a los estándares impuestos por la Constitución y respete los derechos reconocidos por tratados internacionales sobre derechos humanos que, al amparo del artículo 5° inc. 2° de la Carta Fundamental, se erigen como un límite a la soberanía del Estado.

Por otra parte, comprender la expulsión judicial de extranjeros como una medida legislativa que responde al fenómeno de incorporar consideraciones de política de extranjería en el proceso penal adelanta desde ya la pregunta acerca de si esta “pena sustitutiva” incorporada al catálogo del artículo 1 de la Ley N° 18.216, comparte o no con ellas su naturaleza y fines.

En efecto, como ya se adelantó, la expulsión judicial de extranjeros no formaba parte del catálogo original de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 sino que fue introducida por la reforma legal de la Ley N° 20.603, de modo tal que resulta necesario revisar estos antecedentes legislativos.

3. La expulsión judicial en la Ley N° 18.216 introducida por la ley N° 20.603

9. Que, la Ley N° 18.216 introduce en nuestro ordenamiento jurídico un catálogo de alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, permitiendo que las personas condenadas por determinados delitos accedan a formas de ejecución distintas al encarcelamiento. En general, es posible sostener que el catálogo de medidas opera de forma escalonada y proporcional que considera, entre otras variables: el delito; la pena impuesta; las condenas previas del penado; los antecedentes personales que permitan presumir su no reincidencia; la necesidad de ejecución efectiva de la pena.

La expulsión judicial de extranjeros no se consideraba inicialmente dentro del catálogo de penas sustitutivas. Esta se introduce en el año 2012 con la entrada en



vigor de la ley 20.603 cuyo objetivo era *“reformular la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella logre cumplir con los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal”* (Mensaje presidencial N° 66-356, 31 de marzo de 2008, Historia de la Ley 20.603, en Biblioteca del Congreso Nacional).

En el proyecto original no se contemplaba la expulsión judicial, sino que fue fruto de una indicación sustitutiva por parte del Ejecutivo. Al respecto, el, en aquel entonces, Ministro de Justicia, justificó dicha inclusión en el hecho de que con ello *“se pretende abordar un problema que se presenta sobre todo en las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta, en cuyas poblaciones penitenciarias hay altas tasas de extranjeros. Así, por ejemplo, en la Región de Tarapacá, hay cárceles donde el 40% de los reclusos son extranjeros, fundamentalmente peruanos y bolivianos, y los tratados sobre traslado de condenados, al menos en lo que respecta a Bolivia, no se aplican porque los nacionales de ese país no desean ser llevados a cárceles que están en peores condiciones que las chilenas. Planteó que como el costo que implica mantener a una persona privada de libertad es bastante alto, se hace necesario adoptar medidas para enfrentar este factor, que contribuye al hacinamiento carcelario”* (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.603, p. 54).

10. Que, consta de esta forma que la motivación inicial para incorporar la expulsión judicial en el catálogo de penas sustitutivas fue la sobrepoblación penitenciaria derivada de las “altas tasas de extranjeros”, objetivo que parece alejarse de aquellos de las demás medidas alternativas a la prisión, orientadas principalmente a la reinserción social del condenado, objetivo que fuere declarado en el propio mensaje presidencial de la Ley N° 20.603.

Un análisis de la tramitación de la ley 20.603 permite verificar que la discusión sobre la expulsión judicial no cambió de senda. En tal sentido, refiriéndose a la reducción de la sobrepoblación carcelaria como fundamento instrumental de la expulsión judicial, la doctrina nacional ha señalado que *“hay buenas razones para entender que éste -y no otro- es el verdadero sentido de la expulsión judicial en Chile o, si se quiere, al menos el verdadero motivo por el que se ha creado y puesto en marcha.*

Por una parte, lo evidencian así una serie de discursos oficiales, más bien inequívocos, enunciados con ocasión de la aprobación de la Ley 20.603. En ellos queda de manifiesto, sin ambages, que un objetivo oficial de primer nivel de la creación de la expulsión judicial era la descompresión del sistema penitenciario chileno.

De hecho, cuando se discutió el requisito concerniente a si era necesario que el condenado cumpliera parcialmente la pena para efectos de proceder a su expulsión, el argumento que logró imponerse frente a las resistencias que generaba la posibilidad de una liberación inmediata -de cara al mensaje de impunidad que podría transmitir-, fue precisamente el relativo a las plazas que quedarían liberadas de aprobarse la omisión del señalado requisito. Lo que primó, sin duda, fue la necesidad -más aparente que real- de descongestión de los recintos penitenciarios, más allá de la -también aparente- peligrosidad de los extranjeros condenados” (Brandariz, José; Dufraix, Roberto; Quinteros, Daniel, 2018, La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?, Política criminal, Vol. 13 N° 26, p. 759).



11. Que, no puede pasar inadvertido que la indicación del ejecutivo previamente referida fue objeto de un intenso debate parlamentario en el que queda en evidencia las tensiones o dilemas que generó la consagración de la expulsión judicial de extranjeros, considerando especialmente que la facultad de expulsión ya se encontraba considerada en sede administrativa. Como veremos, estos dilemas se trasladan a la discusión acerca de su naturaleza jurídica y a la resolución específica de este caso.

4. Naturaleza jurídica de la expulsión judicial ¿Pena sustitutiva?

12. Que, en este caso no nos corresponde enjuiciar la constitucionalidad de la expulsión judicial, sino que, por el contrario, la imposibilidad del condenado extranjero de acceder a ella. Sin perjuicio de lo anterior, y por ser trascendente para la discusión acerca de la naturaleza de la expulsión judicial, no se puede obviar el debate parlamentario y con ello el principal dilema jurídico que plantea -en abstracto y sin respecto a una regulación legal en específico- la institución de la expulsión judicial de extranjeros: para algunos casos puede resultar una medida extremadamente gravosa para el extranjero -compartiendo las características de una sanción- mientras que, para otros casos, puede redundar en una renuncia al *ius puniendi* estatal, hasta el punto de llegar a traducirse en impunidad ante delitos que, por su relevancia, complejidad y trascendencia, requieren ser perseguidos y castigados por el Estado.

En efecto, la doctrina ha señalado al respecto que *“ex ante no hay medios para saber si la expulsión supondrá un privilegio al extranjero irregular que delinque. Posiblemente porque como sugiere con acierto Cancio Meliá, la expulsión penal presenta una clara ‘ambivalencia aflictiva’, dependiendo de las circunstancias individuales del sujeto.*

En efecto, la expulsión especialmente revestirá un doble carácter o será de naturaleza ambigua para el caso concreto y cognitivo del penado. Según desde donde se mire, podrá ser una suspensión condicional de la pena o una retribución en sentido clásico. Cuando tiene un componente de beneficio para el penado, como ocurre por ejemplo en el caso que sea el propio extranjero quien solicita la expulsión, será una suspensión condicional de la pena. La condición a la cual queda sujeto el extranjero es la de no regresar al país que lo expulsa en un determinado plazo. Por otro lado, la expulsión será una mera retribución cuando tenga un componente aflictivo para el penado, como cuando el penado viene de un país en guerra civil o de una precariedad o pobreza extrema” (Muñoz Ruiz, Josefa, 2014, La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-05, p. 11.)

13. Que, esta tensión está presente a lo largo del debate legislativo durante la tramitación de la Ley 20.603, y manifestación de ella es la intervención del académico Ignacio Castillo Val:

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



Planteó que una de las principales críticas que pueden formularse respecto de la expulsión de extranjeros en las condiciones propuestas, es que el dolor que se inflige a una persona que es colocada en la frontera por el hecho de ser extranjero y haber cometido el delito, parece ser demasiado fuerte y carece de sentido político criminal, toda vez que la expulsión se aplicará tanto al extranjero que se encuentra en Chile como al burrero que transporta droga y para este último constituirá un verdadero premio.

En efecto, si un sujeto ingresa al país con drogas y sabe de antemano que el peor castigo que podrá imponérsele consiste en permanecer un par de meses en prisión preventiva para luego ser expulsado, no habrá ningún aliciente para disminuir el tráfico de estas sustancias, sino más bien podría generarse un incentivo perverso en el sentido de que extranjeros ingresen al país para delinquir, anulándose, entonces, los fines de la pena. En este sentido el Tribunal Supremo español ha señalado que en aquellos delitos que afectan intereses colectivos, como por ejemplo, la trata de personas y el tráfico de estupefacientes, no debería proceder la expulsión por carecer de efectos prácticos” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.603, pp. 58-59).

14. Que, esta tensión acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión judicial se encuentra presente en la propia estructura del requerimiento, al plantear argumentaciones que discurren sobre la base de argumentaciones que no parecen ser compatibles. En la primera parte del requerimiento se sostiene que en el caso del requirente ha de darse preferencia a la expulsión judicial por sobre otras del catálogo de la Ley N° 18.216 en tanto se le permite su reinserción social y posibilita su retorno al país de origen, manifestando que no tiene un proyecto migratorio fuera de su país y menos en Chile (cfr., p. 13 del requerimiento), sin embargo, en el capítulo relativo a la vulneración del principio de *non bis in idem*, se sostiene que la “expulsión es una sanción de muchísima gravedad” (requerimiento, p. 33) y que se traduce en una importante afectación de derechos fundamentales (cfr., requerimiento p. 34).

15. Que, esta dualidad en la forma de manifestarse la expulsión judicial de extranjeros ha permitido al Tribunal Constitucional Español efectuar una distinción a la hora de evaluar el dilema constitucional que puede presentar esta institución. Así ha sostenido que “se hace necesario, en primer lugar, distinguir entre, de una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida, y, de otra, la expulsión de oficio, decretada al margen de la voluntad del afectado, pues fácilmente se aprecia que la relevancia constitucional de los problemas que se plantean en uno u otro caso es bien distinta” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 203/1997, de 25 de noviembre de 1997). Tratándose de la expulsión no voluntaria, esta “no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito [...]”.

No se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso del derecho de



permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 242/1994, de 18 de agosto de 1994).

Sin embargo, *“cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de residencia por el territorio nacional”* (Tribunal Constitucional Español, Auto 33/1997, de 10 de febrero de 1997). Con todo, aún puede agregarse que la expulsión solicitada a instancia del extranjero expulsado -como ocurre en la especie- tensiona la naturaleza misma de la expulsión. Esto, porque se ha considerado que *“La expulsión nunca es ni un acto o hecho solicitado por la persona expulsada, ni un acto o hecho consentido por ella. Es una medida formal o una situación de fuerza irresistible que obliga a esa persona a abandonar el territorio del Estado que la expulsa. Este elemento de coerción es importante ya que permite distinguir a la expulsión de una salida normal o común del extranjero del territorio del Estado”* (Sr. Maurice Kamto, 2006, Relator Especial de Naciones Unidas, Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros, p. 268).

16. Que, sin perjuicio de la distinción elaborada por el Tribunal Constitucional Español, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión judicial de extranjeros no se ha agotado. Como explica Salinero Echeverría *“En la doctrina penal se discute si estamos en presencia de una pena, de una medida de seguridad, de un sustitutivo penal, de una condición suspensiva o de una medida administrativa”* (Salinero Echeverría, Sebastián, 2011, La expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile, Política criminal. Vol. 6, N°11, p. 119). En este sentido, a modo ejemplar, parte de la doctrina española ha dicho que *“la sustitución de la pena por la expulsión, se acerca más a la figura de la condena condicional que a la sustitución en sentido estricto. Y ello, aunque le separen muchos elementos, porque en lo único que coinciden ambas es en que se sustituye la pena por la puesta en libertad, condicionada en un caso a que no se delinca durante el tiempo de suspensión y, en el otro, a que no se regrese a nuestro país; es decir, en este último caso, poco importa si el sujeto vuelve a delinquir o no en su país de origen”* (Muñoz Llorente, José, 2004, La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° Extraordinario 2, p. 481); y de otro lado se ha sostenido que *“Como quiera que con ella se ha puesto al Derecho Penal al servicio del Derecho administrativo, la expulsión no es más que una sanción administrativa, revestida de la formalidad de una consecuencia jurídica del delito en tanto la impone un juez penal en una sentencia condenatoria”* (Navarro Cardoso, Fernando, 2006, Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n° 17, p. 171).

En el ámbito nacional, se ha sostenido que *“la expulsión es en general la renuncia al ‘ius puniendi’ o a la posibilidad de ejecutar lo juzgado frente a determinados individuos, es la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito”* (Salinero Echeverría, Sebastián, 2011, La expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile, Política criminal. Vol. 6, N°11, p. 124). Esta misma línea parece seguir el Tribunal Constitucional Español cuando sostuvo que la expulsión es *“de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo*



juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 242/1994, de 18 de agosto de 1994).

17. Que, para resolver el conflicto constitucional, no es necesario adscribir a alguna tesis respecto a la compleja naturaleza jurídica de la expulsión judicial de extranjeros, sino que basta con descartar que esta comparta las características esenciales de las penas sustitutivas de la Ley 18.216 respecto de las cuales esta Magistratura tiene abundante jurisprudencia.

18. Que, en general, la doctrina ha descartado que la expulsión judicial de extranjero tenga como objetivo la reinserción o resocialización del condenado. Como bien resume Alastuey Dobón *“la doctrina ha hecho hincapié en la absoluta desatención a la reinserción del condenado por parte de la expulsión, no solo porque la propia figura obviamente no la persigue, sino también porque su regulación ha omitido tradicionalmente cualquier referencia a la valoración de las circunstancias personales del sujeto o su conducta como criterios para optar por la no sustitución. Ello le aleja de la ‘filosofía de los sustitutivos penales’, cuya finalidad es evitar la desocialización que puede provocar el internamiento del penado en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena privativa de libertad de corta duración, proporcionando una alternativa orientada a la prevención especial. Por último, prácticamente todos los autores entienden también que la expulsión no cumple ninguno de los requisitos de las medidas de seguridad y reinserción social, porque no requiere la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto ni posibilita la aplicación de ningún programa individualizado tendiente a neutralizarla*” (Alastuey Dobón, Carmen, 2021, Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho Español, en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 56, p. 70). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que tal medida *“no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero [...] pues ni en estricto rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena [...] ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país*” (Tribunal Constitucional Español, Auto 106/1997 de 21 de abril de 1997). Aún más, el Tribunal Supremo Español, en términos más categóricos ha señalado respecto de esta institución que *“no deja de suscitar una cierta perplejidad al denotar que el legislador abandona cualquier pretensión constitucional de que la pena produzca un efecto reinsertador y rehabilitador. Esta previsión constitucional no puede estar condicionada a la nacionalidad del condenado”* y que *“La expulsión resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la fórmula combinada de penas y medidas de seguridad. Incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador ni como una pena ni como una medida de seguridad, lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas”* (Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sentencia 1231/2006, de 23 de noviembre de 2006).

En el ámbito nacional, tomando en consideración los fines de la Ley N° 18.216, se ha dicho que *“Más difícil es la figura chilena, porque las razones que impedirían calificar a la expulsión como un sustitutivo penal, la podemos centrar en dos puntos principales: a) El PLMMA [Proyecto de la Ley 20.603], entre otras cosas, concibe*



las penas desde un prisma de prevención especial positivo, en donde se persigue un castigo enérgico del delincuente, pero resocializador, circunstancia esta última, que desde el punto de vista material sería inalcanzable con la expulsión; y b) Según el proyecto, es una finalidad de las penas sustituibles la de evitar la reincidencia delictual, y con la expulsión nadie puede asegurar que el extranjero no cometa otro delito en su propia tierra o en otro país” (Salinero Echeverría, Sebastián, 2011, La expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile, Política criminal. Vol. 6, N°11, p. 122).

19. Que, las demás penas sustitutivas establecidas en el catálogo del artículo 1° de la Ley N° 18.216 no pueden, bajo ningún respecto, ser consideradas como una renuncia al *ius puniendi* estatal, sino sólo como la ejecución de la pena mediante alternativas a la privación de libertad en la cárcel, y que están orientadas a la reinserción del condenado, bajo la supervigilancia del propio Estado. Por otra parte, están establecidas de forma graduada y proporcionada en atención a la gravedad del delito y otros antecedentes de relevante consideración para la reinserción social del condenado.

20. Que, considerando las características antedichas, es posible afirmar que la expulsión judicial de extranjeros, más allá de su ubicación, no es una pena sustitutiva o, al menos, no comparte las características y fines de las demás establecidas en el catálogo del artículo 1° de la Ley N° 18.216. Ello puede apreciarse en lo siguiente:

- La historia legislativa de la Ley N° 20.063 que incorpora la expulsión judicial de extranjeros al catálogo de penas sustitutivas da cuenta de que esta institución estuvo orientada, no a fines resocializadores o de reeducación, sino a hacerse cargo de la sobrepoblación carcelaria del norte del país.
- En cuanto a sus requisitos de procedencia, sólo se requiere que la pena impuesta sea igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, abarcando con ello un amplísimo abanico de delitos, salva excepciones, apartándose del carácter escalonado, graduado y proporcionado del resto de las medidas.
- En cuanto a los antecedentes personales del condenado, la ley sólo considera el arraigo del extranjero en el país, mas no contempla otros criterios relevantes para la dictación de la generalidad de las demás penas sustitutivas que apuntan a descartar su reincidencia y a propiciar su reinserción.
- No existe un control ni supervisión de cumplimiento de la pena sustitutiva que sea asimilable a lo contemplado respecto de las demás penas de la Ley N° 18.216, puesto que, tratándose de la expulsión judicial de extranjeros, el artículo 34 sólo se encarga de ordenar a la Policía de Investigaciones la implementación de la pena informando de ello al Servicio Nacional de Migraciones.
- Por razones evidentes, a diferencia de lo que ocurre con el resto del catálogo de penas de la Ley N° 18.216, no existe plan de intervención alguno orientada a la resocialización del imputado.
- El artículo 34 de la Ley N° 18.216 se incorpora en el Título V “Del reemplazo de la pena sustitutiva y las penas mixtas”, pero no se trata de un reemplazo de la pena sustitutiva (párrafo 1°), ni de una pena mixta (párrafo 2°), sino sólo “De la regla especial aplicable a los extranjeros” (párrafo 3°).



- Finalmente, la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, en su artículo 126, al definir la expulsión del territorio, trata conjuntamente la medida administrativa y judicial, distinguiéndolas sólo en atención a la autoridad o tribunal que dicta la medida, pero no en cuanto a su naturaleza, características o fines. Al respecto, nadie sostendría que la expulsión administrativa tiene como objeto la reinserción o reeducación del extranjero, y tampoco se divisa cómo es que esta conclusión cambiaría si esta es decretada por un tribunal con competencia penal.

Como corolario de lo expuesto, aparece con nitidez que la expulsión judicial, al margen de su ubicación, no es una pena sustitutiva o, al menos, no comparte las características esenciales de las demás contempladas en el catálogo del artículo 1° de la Ley N° 18.216.

5. El crimen organizado transnacional y la expulsión judicial

21. Que, lo previamente razonado sólo tuvo como objeto analizar la naturaleza jurídica de la expulsión judicial. Ya se ha advertido que el legislador cuenta con un margen de libertad, dentro del marco constitucional, para diseñar tanto la política migratoria como la política criminal. La misma libertad se puede predicar en la configuración del *ius puniendi* estatal, dentro de lo cual se encuentra, bajo ciertos respectos, la posibilidad de su renuncia o suspensión.

Tanto la pena como la expulsión son actos soberanos del Estado y, esto se traduce en la libertad de configuración antedicha, pero con las limitaciones que el propio texto constitucional establece en su artículo 5° inc. 2°. En este sentido, los supuestos de procedencia de la expulsión judicial del extranjero, es una decisión que debe ser tomada, en primer término, en el marco de una deliberación democrática, toda vez que se trata de una discusión en la que están presente una serie de elementos extrajurídicos, sociales, culturales, económicos y políticos, que exceden del análisis de constitucionalidad que corresponde a esta Magistratura en sede de inaplicabilidad. Esto, porque una decisión de este tipo *“no puede adoptarse sin tener en cuenta todos los intereses en conflicto. Tanto los personales de la persona condenada que tiene derecho a una individualización racional de la pena, teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y laborales o los derechos de la propia víctima, que se ven frustrados al introducir en la legalidad penal una decisión de política administrativa de emigración”* (Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sentencia 1231/2006, de 23 de noviembre de 2006).

22. Que, con todo, pese a la inagotable discusión respecto a la naturaleza jurídica de la expulsión judicial de extranjeros, la doctrina parece estar de acuerdo en relación con la dudosa eficacia de esta medida para combatir el crimen organizado internacional. Es por eso que otro tipo de legislaciones, al igual que la nacional, tienden a excluir la procedencia de la expulsión ante delitos transfronterizos, como ocurre con la trata de personas. Al respecto, se ha señalado que *“la razón fundamental para el establecimiento de esta prohibición radica en la necesidad de introducir medidas para profundizar la lucha contra el tráfico y explotación de seres humanos -normalmente cometido por mafias organizadas- que quedarían en mero papel mojado si quienes cometen esos delitos, tras ser condenados, ven sustituida su pena por la expulsión del territorio nacional habida en cuenta que dicha expulsión posibilitaría que, al día siguiente, reanudasen la comisión de delitos por los que fueron condenados; y todo ello, además, sin contar con que la expulsión, en estos casos, tendría un claro efecto criminógeno, no solo respecto a los sujetos que ya han sido condenados por tales delitos, sino respecto a otros sujetos o*



respecto a otras mafias organizadas a las que se les ofrecería el mensaje de que en España el tráfico y la explotación de seres humanos no conlleva ningún tipo de consecuencia penal, salvo la expulsión, que, por otra parte, permitiría seguir delinquiendo” (Muñoz Llorente, José, 2004, La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° Extraordinario, pp. 467-468).

23. Que, tales cuestionamientos, también se han aducido a propósito del delito de narcotráfico (cfr., Rodríguez de Taborda, María Cristina, 2014, Expulsión de extranjeros condenados por narcotráfico, en Revista de la Facultad, Vol V N2 Nueva Serie II). En efecto, no puede ponerse en cuestión el carácter internacional que evoca el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En este sentido, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas -suscrita por Chile- expresa el reconocimiento de “los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados” y “que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad” (Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas).

En este sentido, ha sido doctrina del Tribunal Supremo Español sostener que “la sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína muy próximas a la notoria importancia excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercializa tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de acciones delictivas de esa naturaleza al irrogárseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad desactivaría los fines de prevención general y especial de las penas previstas por el legislador, tal como ya se razonó más arriba” (Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sentencia 927/2016, de 14 de diciembre de 2016).

24. Que, sin embargo, uno de los dilemas que plantea el crimen organizado internacional es la instrumentalización de la migración irregular, sacando provecho de la situación de vulnerabilidad del migrante, quien, en la compleja cadena organizacional, tenderá a ocupar los eslabones más bajos y expuestos y, por lo tanto, sustituibles. En tal sentido, como ha señalado la doctrina, “El tráfico de drogas es un fenómeno delictivo caracterizado por sus altas dosis de fungibilidad. En efecto, la detención de determinados actores suele dar paso a su sustitución, más o menos inmediata, por otros operadores del mercado (ilícito). A ello hay que sumar que, del mismo modo que sucede en los sectores productivos formales o informales, los extranjeros suelen ocupar los rangos más bajos de este tipo de actividad delictiva, lo que ciertamente incrementa su fungibilidad. Todo ello evidencia que la idea del gobierno excluyente de la peligrosidad como fundamento de la expulsión judicial es altamente cuestionable” (Brandariz, José; Dufraix, Roberto; Quinteros, Daniel, 2018, La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?, Política criminal, Vol. 13 N° 26, p. 758-759).

Sin duda la privación de libertad en un país extraño a quien, por su especial situación de vulnerabilidad, ocupa el eslabón más bajo de una compleja cadena de organización criminal, es una muestra de la crudeza de los efectos del crimen



organizado transnacional. Es este dilema el que ha traído la defensa. Esta problemática, sólo puede ser enunciada, pero no resuelta en sede de inaplicabilidad, en tanto la competencia de esta Magistratura está limitada a efectuar un control concreto de constitucionalidad de preceptos legales. Es precisamente este análisis, a la luz de los argumentos esgrimidos por el requirente, el que se pasa a efectuar a continuación.

III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

25. Que, el libelo de inconstitucionalidad puede sistematizarse en dos argumentaciones centrales:

- Se alega que la exclusión de acceder a la pena sustitutiva de expulsión, al darse un trato diferenciado al requirente, respecto de personas que se encuentran en una situación similar, vulnera los principios de dignidad humana, igualdad ante la ley y proporcionalidad, colocando énfasis en que se trataría de una diferenciación que se afina en la nacionalidad del requirente (cfr., requerimiento, pp. 19-20). Esta diferenciación, a juicio del requirente, no obedecería a fundamentos objetivos y razonables y no soportaría un análisis de proporcionalidad.
- En la eventualidad de que el requirente cumpla la pena privativa de libertad y, con posterioridad, se disponga la expulsión administrativa, se genera una infracción al principio del *non bis in ídem*, “*toda vez que a la pena de presidio asignada al delito, se la adicionará una sanción administrativa que materialmente, resulta equivalente a una pena efectiva*” (requerimiento, p. 35).

Ambas alegaciones deben ser descartadas.

1. Acerca de la igualdad ante la ley

26. Que, a propósito de lo dispuesto del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, este Tribunal ha señalado reiteradamente y durante décadas que “*La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad*” (STC rol 784 c. 19, en el mismo sentido, STC roles 3.063 c. 32°, 7.217 c. 24°, 7.203 c. 28°, 7.181 c. 24°, 7.972 c. 40°, entre otras).

De igual manera, en un ejercicio de control concreto de normas en el marco de un proceso de inaplicabilidad, esta Magistratura razonó que “*Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad*



ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos” (STC rol 784 c. 19, en el mismo sentido, STC roles 1138 c. 24°, 1.140 c. 19°, 1.340 c. 30°, entre otras).

Adicionalmente, esta Magistratura ha entendido que *“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma” (STC rol 1133 c. 17, en el mismo sentido, STC roles 1.217 c. 3°, 1.399 cc. 13° a 15°, entre otras).*

27. Que, dicho lo anterior, corresponde determinar si el precepto, en aquella parte que se impugna, establece una diferencia de trato respecto de personas pertenecientes a categorías sospechosa de discriminación que no encuentra amparo en fundamentos objetivos y razonables.

La primera observación que cabe efectuar es que las alegaciones del requirente, en tanto pretende acceder a la expulsión judicial, son estériles para afirmar que la exclusión de esta institución, respecto de determinados delitos, envuelve una discriminación fundada en la nacionalidad. Esto, porque el artículo 34 de la Ley 18.216, como expresamente se indica el título del párrafo 3° es una *“regla especial aplicable a los extranjeros”*, de modo que la regla -que por razones evidentes no se aplica a nacionales- se aplica a todos los extranjeros por igual. En este sentido, el precepto en aquella parte que ha sido impugnada no impide que el extranjero pueda, al igual que los nacionales, optar a otras penas sustitutivas en la medida que cumpla con los demás requisitos legales para ello.

En el fondo, la diferencia de trato que aduce el requirente no dice relación con una fundada en la nacionalidad o en la residencia legal del extranjero. La diferencia de trato, a juicio del requirente, estaría dada porque otros extranjeros condenados por delitos que, a su juicio, revisten la misma gravedad, pueden acceder a la expulsión judicial.

28. Que, habiendo descartado que las alegaciones se relacionan de alguna manera con el uso de categorías sospechosas, corresponde determinar si la exclusión de los delitos de la ley 20.000 para la aplicación de la medida judicial de expulsión responde a criterios objetivos y razonables.

Cabe advertir desde ya que la expresión *“de los delitos cometidos con infracción de la ley N° 20.000”* es un criterio suficientemente objetivo para la distinción, al punto tal de que no hay dudas respecto al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la



norma: todo extranjero que haya cometido un delito sancionado en la Ley N° 20.000. La cuestión constitucional que se plantea en realidad dice relación con la supuesta ausencia de razonabilidad o fundamentación de la distinción.

Al respecto, ante alegaciones similares, esta Magistratura ha estimado la protección del bien jurídico como un criterio relevante para evaluar la constitucionalidad de exclusiones de penas sustitutivas, como ocurre, verbigracia, con el delito de homicidio. En efecto, en su STC rol 9.451 se sostuvo: *“Desde esa perspectiva, la comparación planteada en el requerimiento es equívoca y no resulta útil a efectos de construir un juicio de igualdad o desigualdad, debiendo por ello desestimarse lo alegado en esta parte. Lo anterior, pues aquella prescinde del hecho de que las figuras con las que pretende comparar la regulación propia del delito de homicidio simple, que impide el acceso a las penas alternativas, tutelan bienes jurídicos distintos a la vida. Lo aquello, sin duda, constituye una diferencia trascendente, y que como se ha visto, justifica desde la perspectiva del marco constitucional de valores, la distinta reacción del legislador penal”* (STC rol 9.451, c. 21°). Es así como *“en relación al bien jurídico protegido y las razones del legislador para excluir el delito de homicidio simple de las penas sustitutivas, el precepto legal cuestionado en autos resulta proporcional a la entidad del delito por el que fue condenada la requirente”* (STC rol 9.451, c.16°).

29. Que, a propósito del bien jurídico protegido por el catálogo de delitos de la Ley N° 20.000, esta Magistratura ha señalado que *“es necesario tener presente que la Ley N° 20.000 tiene por objeto sancionar ciertas conductas que el legislador ha considerado que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de relevancia constitucional. De acuerdo con Politoff, Matus y Ramírez ‘la propia Ley N° 20.000 señala en sus arts. 1°, 43 y 65 que estos delitos afectan al bien jurídico salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen... a lo que debe agregarse el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados.’* (Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *‘Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial’*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 2ª ed., pp. 573 y 574). A este respecto, es necesario señalar que la protección de la salud, individual y pública, y la libertad individual son títulos que habilitan al Estado a intervenir en la vida social, expresamente previstos en nuestra Constitución en los artículos 1°, incisos. 4° y 19 N°s 1°, 7°, 9°, 16° y 24°. En otras palabras, el Estado persigue una finalidad legítima cuando sanciona las conductas que atentan contra la salubridad y la libertad” (STC rol 1443, c. 29°).

Cabe destacar que es ampliamente aceptada la recurrencia al instrumento penal como una de las respuestas ante el narcotráfico y la protección de bienes jurídicos afectados por esta actividad delictiva. De acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, los Estados parte se comprometieron a adoptar las medidas que sean necesarias para la tipificación de los delitos allí señalados, disponiendo la aplicación de *“sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad”* (artículo 4. a), sin perjuicio del sometimiento *“a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social”* (artículo 4 b.) y, asimismo, *“en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento”* (artículo 4 c.).



30. Que, como ya se dijera, en la medida que la expulsión judicial de extranjeros no entraña medidas de educación, rehabilitación, o reinserción social, su exclusión respecto de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000 no puede ser considerada como irracional o carente de fundamento. Por el contrario, como ya se advirtiera, la doctrina, jurisprudencia y legislaciones comparadas se encuentran relativamente contestes en lo inadecuado que podría resultar la expulsión judicial de extranjeros por la comisión de delitos que afecten bienes jurídicos colectivos y tengan caracteres transnacionales.

31. Que, sólo a mayor abundamiento, no es correcto que la exclusión de la expulsión de delitos de la ley 20.000 haya sido *“fruto de un discurso punitivista irracional, instintivo y fruto del capricho del representante del Ejecutivo y la sinrazón que en el Congreso manifestó”* (requerimiento, p. 22) en tanto la única referencia a esta exclusión en la historia de la Ley N° 21.325 sería la afirmación relativa a que *“la indicación será un desincentivo porque quedará privado de libertad”* (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 21.325, p. 1315-136). Esto, porque en la Historia de la Ley N° 20.063 que consagró la institución de la expulsión judicial de extranjeros, consta un intenso debate legislativo respecto a la procedencia o no de la expulsión judicial tratándose de los delitos de la Ley N° 20.000 (al respecto, véase, Historia de la Ley N° 20.063, pp. 58-60, 104, 146, 154, 401, 589-592, 599, entre otras).

32. Que, por los motivos que anteceden, no es posible sostener que el precepto, en aquella parte impugnada, vulnere los principios de dignidad humana y de igualdad ante la ley.

2. Acerca del principio de proporcionalidad

33. Que, la doctrina ha sostenido que *“El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el proceso interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución”* (Bernal Pulido, Carlos, 2007, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 81).

Por su parte, esta Magistratura ha recurrido a la proporcionalidad como un criterio que ha de tenerse en cuenta para evaluar la diferenciación legislativa. Es así que se ha dicho que *“la exigencia constitucional de la igualdad ante la ley supone también que la diferencia de trato introducida sea proporcionada a la diferencia de hecho existente, teniendo particularmente en cuenta el propósito o finalidad perseguida por el legislador”* (STC rol 784, c. 20º), o como ha razonado el Tribunal Constitucional de España *“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”* (Sentencias 76/1990 y 253/2004, citadas en STC Rol 790, c. 22º).



34. Que, la proporcionalidad en sentido amplio, o prohibición de exceso, es aquel “*principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos*” (Barnes, Javier, 1994, Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario, en Revista de Administración Pública, N° 135, p. 500; en este sentido también, STC rol 2983, c. 21°). En virtud de tal principio, “*la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir un medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa*” (Lopera Mesa, Gloria, 2010, Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales, en Carbonell, coord., el Principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Librotecnia, pp. 214-215). A propósito de la proporcionalidad en sentido estricto en el Derecho Penal, se ha sostenido que esta “*implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena en el momento legislativo (proporcionalidad abstracta); y en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho cometido (proporcionalidad concreta)*” (Rojas, Ivonne Yenissey, s. f. La proporcionalidad en las penas, p. 93).

35. Que, si no existe un derecho constitucional del extranjero a ser expulsado, cabe preguntarse entonces acerca del derecho fundamental potencialmente intervenido por el precepto impugnado. Si traemos a colación lo razonado por el Tribunal Constitucional Español, cuando la expulsión es solicitada por el afectado, ha de analizarse el conflicto desde una eventual privación de la libertad ambulatoria del extranjero en el territorio nacional. En este caso, porque la exclusión de la expulsión judicial se traduciría, eventualmente, en una pena efectiva de cárcel o alguna pena sustitutiva de la Ley N° 18.216.

Dicho lo anterior, corresponde analizar si la medida responde a un fin constitucionalmente legítimo; es idónea o adecuada para alcanzarlo; es necesaria, y es proporcional en sentido estricto.

36. Que, el fin inmediato de la Ley N° 20.000 es prevenir el uso y consumo indebido de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, mientras que los fines mediatos son, en definitiva, la protección de la salud, individual y pública, y la libertad individual y, asimismo, la necesidad de desarticular las acciones delictivas de organizaciones criminales transfronterizas, constituyendo todos ellos fines constitucionalmente legítimos.

Por su parte, existe consenso en que la protección penal de estos bienes jurídicos es un medio que contribuye a la consecución del fin perseguido por el legislador. Por su parte, reconociendo el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, no es posible afirmar que existan otros medios alternativos menos lesivos para la consecución del fin legítimo, en atención a la naturaleza y gravedad que entraña la actividad delictiva derivada del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de carácter transnacional. Finalmente, y en relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, la imposición de la pena es una medida equilibrada en relación con la gravedad del delito, considerando la relevancia constitucional de los bienes jurídicos protegidos.



37. Que, llegados a este punto, cabe considerar tres circunstancias, a saber, (i) el precepto no merma la facultad del juez de establecer la pena que considera justa en consideración a las características del caso concreto (en este sentido, STC rol 9.451, c. 17°); (ii) el precepto no imposibilita el acceso a las demás penas sustitutivas de la Ley 18.216, en la medida de que se cumplan los requisitos legales para ello; (iii) aún si el extranjero fuere condenado en Chile a cumplir la pena en prisión, cabe observar que nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad del traslado de reclusos a su país de origen (al respecto, véase Convenio de Estrasburgo, promulgado en Chile en 1998, y Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, promulgada en Chile el año 1999).

En el Convenio de Estrasburgo se manifiesta que la cooperación internacional debe servir a los fines de justicia y rehabilitación social de las personas condenadas, de modo tal que *“estos objetivos exigen que los extranjeros privados de su libertad como consecuencia de haber cometido un delito penal tengan la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen”* y que *“la mejor manera de lograr este objetivo es trasladarlos a sus propios países”*. En el mismo sentido, en el preámbulo de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, los Estados Miembros consideran que *“es conveniente que a la persona sentenciada se le pueda dar la oportunidad de cumplir su condena en el país del cual es nacional”* expresando que *“la manera de obtener estos resultados es mediante el traslado de la persona sentenciada”*. Finalmente, en atención a la nacionalidad del requirente, también resulta pertinente considerar el Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, promulgado el año 2004, que permite que *“Las penas impuestas en Chile a nacionales de Bolivia podrán ser cumplidas en establecimientos penitenciarios de Bolivia”* (artículo II.1) permitiendo al propio condenado *“presentar una petición de traslado directamente al Estado receptor o por conducto del Estado trasladante”* (Artículo III.2).

Ahora bien, el supuesto incumplimiento de estos tratados o las inadecuadas condiciones carcelarias del país de origen son elementos complejos que exceden el análisis que corresponde efectuar a esta Magistratura en sede de inaplicabilidad y, en particular, al conflicto de constitucionalidad que se invoca y que aboga por la inconstitucionalidad de la norma que impide aplicar la expulsión judicial como pena sustitutiva, en el ámbito de ejecución de las penas impuestas por la comisión de ciertos delitos de naturaleza transfronteriza.

38. Que, también discurrendo sobre la proporcionalidad, se añade que el requirente es indígena, y pertenece al pueblo Quechua, tiene vinculaciones comunitarias a la localidad de Amarete en Bolivia, habla quechua, y es miembro activo de la asociación de Kallawayá (Jalla Walla), organización dedicada al conocimiento y difusión de medicina natural e indígena. En atención a dicha condición la requirente invoca el artículo 10 del Convenio 169 de OIT, que dispone: que *“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”*

Como ha sido señalado en el acápite precedente, el precepto cuya inaplicabilidad se pretende no impide al juez establecer la pena que considera justa en consideración a



las características del caso concreto; tampoco imposibilita el acceso a las demás penas sustitutivas de la Ley 18.216, en la medida de que se cumplan los requisitos legales para ello, permitiendo ponderar la condición de indígena para efectos de favorecer la aplicación de penas sustitutivas distintas al encarcelamiento; y, finalmente, la normativa nacional permite solicitar el traslado del recluso a su país de origen conforme a las normas del Convenio de Estrasburgo, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero y el Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, mecanismo que se aviene de mejor forma con la situación de una persona infractora de ley perteneciente a un pueblo indígena originario de otro Estado. Este mecanismo faculta al Estado de recepción para adoptar medidas de educación, rehabilitación y reinserción étnica que la medida de expulsión no contempla, de modo que la medida de expulsión que se pretende puede derivar en una mayor afectación del pueblo indígena de pertenencia, al ser inidónea para garantizar la rehabilitación y adecuada reinserción del condenado a su comunidad. En consecuencia, no existen argumentos para sostener que el precepto impugnado configura una vulneración a las normas del artículo 10 del Convenio 169 susceptible de ser controlada en esta sede de constitucionalidad.

3. Sobre el principio de non bis in ídem

39. Que, en la segunda parte del requerimiento se alega una vulneración al principio *non bis in ídem* derivado de que existe una alta posibilidad del condenado de ser expulsado administrativamente del territorio nacional una vez cumplida a cabalidad la condena, verificándose la identidad de sujeto, de hechos y de fundamento de las sanciones.

40. Que, de una lectura del requerimiento, queda de manifiesto que el supuesto efecto inconstitucional denunciado no se deriva de la aplicación del artículo 34 de la Ley N° 18.216, en su parte impugnada, sino de los artículos 127 o 128 de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería que, en todo caso, estarían destinados a ser aplicados en un procedimiento administrativo futuro y eventual, por lo que solo cabe omitir el pronunciamiento a su respecto.

Por lo demás, los términos hipotéticos en que se plantea el requerimiento impiden evaluar si se produce o no una vulneración al principio aludido desde que habría que demostrar que (i) la expulsión administrativa es una sanción y que (ii) la expulsión obedece a la comisión del delito y no, sencillamente, a no cumplir el extranjero con los requisitos de ingreso y permanencia en el país (cfr., artículo 127 N° 1 en relación con el artículo 32 N°8 de la Ley N° 21.325 de Extranjería y Migración). Sobre lo anterior, si bien la doctrina extranjera ha planteado esta problemática, también se ha advertido que *“el cumplimiento de una sentencia condenatoria (con entrada, en su caso, de los sustitutivos penales) nada tendría que ver con la expulsión de una persona extranjera que carece de los requisitos necesarios para permanecer en el territorio nacional, de suerte que carece de virtualidad el principio ne bis in ídem, por ausencia de identidad en el objeto y en el fundamento”* (Navarro Cardoso, Fernando, 2006, Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n° 17, p. 166). Y en España se ha dicho que *“Naturalmente, que en este supuesto se entienda vulnerado el principio non bis in ídem no significa que no se*



pueda expulsar administrativamente al extranjero tras haber cumplido la pena, sobre todo cuando el extranjero no es residente legal. En efecto, si no es posible aplicar el artículo 57.8 LEX —por los problemas de vulneración del principio *non bis in idem*—, la LEX prevé otros mecanismos para proceder a la expulsión porque la mera situación de ilegalidad en cuanto a la residencia ya supone la posibilidad de expulsar al extranjero por otra vía distinta a la del artículo 57.8; más concretamente, la prevista en el artículo 57.1.” (Muñoz Llorente, José, 2004, La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° Extraordinario 2, p. 470).

41. Que, solo a mayor abundamiento, aceptar que en esta etapa se puede vulnerar el principio *non bis in idem* lleva a una situación constitucionalmente inadmisibles. De seguirse la tesis del requirente, habría de concluirse que el principio se ve vulnerado incluso si al extranjero se le impone otra pena sustitutiva del catálogo de la Ley N° 18.216 o incluso si es condenado a una pena mayor a cinco años y un día, si es que en ambos casos existe la posibilidad de ser expulsado una vez cumplida la condena. En estos dos casos, según la argumentación del requirente, la concurrencia de una sanción penal más la potencial expulsión administrativa determina que debe ceder la primera (la pena) para dar paso a la segunda (la expulsión). Explicado en términos breves el fundamento de esta alegación: la única respuesta constitucionalmente admisible ante la comisión de delitos por parte de un extranjero sería la expulsión. Esto es a todas luces inaceptable.

La Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería regula la expulsión como una medida oficiosa de la autoridad. En tal sentido se ha sostenido que “*hay un derecho del extranjero a no ser expulsado si no se dan todos los presupuestos de la ley, pero no hay un derecho del extranjero a ser expulsado, o en otros términos, a que se ejecute una orden firme de expulsión dictada por la autoridad migratoria mediante el extrañamiento*” esto, porque, “*Decisiones de esta clase no están concebidas para garantizar el derecho fundamental de salir libremente de cualquier país, sino orientadas a fines de política migratoria por razones de seguridad, orden, salud o moral públicos, o a la protección de derechos o libertades de otros. De modo que la persona no tiene legitimación para reclamar del Estado ser (sic) expulsada por alguna de esas razones cuya apreciación y necesidad quedan libradas a la discreción del legislador, al momento de definir los supuestos de expulsión en la ley, y por la autoridad de aplicación en cada caso concreto*” (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Argentina, caso “Álvarez González, Fructuoso s/ recurso de casación” de 11 de mayo de 2018, Reg. n°494/2018). No existe, entonces, un derecho del extranjero a ser expulsado.

42. Que, por los motivos que anteceden, el requerimiento de inaplicabilidad debe ser rechazado, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:



- 1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.**
- 2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE.**
- 3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

Redactó la sentencia la Presidenta del Tribunal, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 13.810-22 INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Rodrigo Patricio Pica Flores, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz y Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete.

Autoriza el Secretario (S) del Tribunal Constitucional, señor Sebastián López Magnasco.



9DC7BB6D-7C32-4373-9F70-1274A06D2EB1

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.