



2023

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol N° 13.848-22 INA

[2 de agosto 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

ULISES LUPACA LLANQUE Y EDSON LUPACA LLANQUE

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 247-2022, RUC N° 2200166518-2, SUSTANCIADO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA, EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, BAJO EL ROL N° 620-2022 (PENAL).

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 28 de noviembre de 2022, Ulises Fray Oliver Lupaca Llanque y Edson Raúl Lupaca Llanque, deducen 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, en el proceso penal RIT N° 247-2022, RUC N° 2200166518-2, 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° 620-2022 (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, refieren los actores, señores Ulises Fray Oliver Lupaca Llanque y Edson Raúl Lupaca Llanque, de nacionalidad Peruana que, fueron formalizados y acusados por el Ministerio Público como presuntos autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Los hechos ocurren el día 20 de febrero de 2023, en las inmediaciones del Complejo Fronterizo Chacayuta, donde los actores fueron sorprendidos por personal del Ejército de Chile, junto a otros dos sujetos ingresando clandestinamente al país por paso no habilitado, siendo sorprendidos transportando al interior de sus equipajes, cuatro paquetes contenedores de Cocaína Base, los que arrojaron un peso bruto de 4.059,00 gramos, y un porcentaje de pureza entre el 47% y 54%, razón por la cual fueron puestos a disposición de personal antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chile, quienes procedieron a su detención.

Agrega la parte requirente que, luego de realizado el juicio oral, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, dictó veredicto condenando a los actores como autores en grado consumado del 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.

Añaden los requirentes que, en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, su defensa (Defensoría Penal Pública) solicitó sustituir el cumplimiento de dicha pena privativa de libertad por la pena de expulsión del territorio nacional; lo 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.

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, bajo el Rol N° 620-2022 (Penal); y suspendidos 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.

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 de los requirentes.

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 a los requirentes 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 sortea 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, del 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 de los requirentes, 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 a los actores 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 81 y 107 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 (MP), instando por el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad en todas sus partes.

Así, en su presentación de fojas 117 y siguientes consigna el MP 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 y 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.

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 un 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, los requirentes podrían, además, ser eventualmente expulsados 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 27 de enero de 2023, a fojas 130, fueron traídos los autos en relación y, en audiencia de Pleno del día 13 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 la parte requirente que se vulneran los principios de dignidad, no discriminación, igualdad ante la ley, proporcionalidad y de *non bis in ídem*.

II. LA EXPULSIÓN JUDICIAL

2. Que, esta Magistratura ya se ha pronunciado, 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, rechazando el requerimiento por unanimidad en la STC rol 13.810. Allí se analizó el instituto de la expulsión judicial de extranjeros, cuya incorporación al catálogo de penas sustitutivas, es una manifestación de la convergencia de la política migratoria con la política criminal, en tanto se introduce en el ordenamiento penal una medida propia de extranjería. Respecto de ambas políticas, el legislador tiene libertad de configuración, respetando, por cierto, la Constitución y 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.

En atención a la similitud que presentan las circunstancias fácticas y las alegaciones resueltas en la STC rol 13.810, no es necesario ahondar nuevamente sobre la compleja naturaleza jurídica de la expulsión judicial, y para tal efecto nos remitimos a lo allí razonado. Con todo, es necesario resaltar dos aspectos:

(i) La expulsión no es un derecho del extranjero. Ni del marco normativo de derecho internacional ni a nivel del derecho interno puede derivarse un derecho público subjetivo a ser expulsado, pues se trata de una medida soberana y unilateral del Estado que, en principio, no atiende al consentimiento del extranjero. Como ha señalado el Relator Especial de Naciones Unidas, la expulsión “*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). Por ello es que la normativa nacional e internacional establece procedimientos y límites -bajo ciertos respetos o circunstancias- a la facultad soberana de expulsión, por lo que no es posible entender la expulsión como un derecho del extranjero.

(ii) Existe discusión respecto a la eficacia de la expulsión judicial para combatir el crimen organizado transnacional, siendo considerada por parte de la doctrina como una renuncia injustificada al *ius puniendi* estatal. 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 o el narcotráfico. En este punto, debe relevarse el carácter internacional que evoca el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, siendo una problemática que requiere una acción conjunta y coordinada de los Estados (al respecto, véase la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita por Chile).

3. Que, como ya se advirtiera, 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 respetos, la posibilidad de su renuncia o suspensión. Con todo, tanto la pena como la expulsión son actos



soberanos del Estado, rigiendo, entonces, las limitaciones que el propio texto constitucional establece en su artículo 5° inc. 2°.

En línea con lo anterior, esta Magistratura hace presente que definir y delimitar 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.

Dicho lo anterior, corresponde hacerse cargo de las alegaciones de inconstitucionalidad planteadas en el requerimiento.

III. EL CASO CONCRETO

4. 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 a los requirentes, 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 de los requirentes (cfr., requerimiento, pp. 18). Esta diferenciación, a juicio de la parte requirente, no obedecería a fundamentos objetivos y razonables y no soportaría un análisis de proporcionalidad.
- En la eventualidad de que los requirentes cumplan 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. 34).

Ambas alegaciones deben ser descartadas.

1. Acerca de la igualdad ante la ley

5. 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).

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



7. 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°).

8. 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.).

9. 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.

10. 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. 21) 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).

11. 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

12. 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. 20°), 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. 22°).

13. 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).

14. 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.

15. 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.

16. 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 de los requeirientes, también resulta pertinente considerar el Tratado sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República de Chile y la República del Perú que permite que *“Una persona condenada en uno de los Estados Parte podrá, con arreglo a lo dispuesto en el presente Tratado, ser trasladada al otro Estado Parte para cumplir la condena que se le haya impuesto. A tal fin, podrá expresar, bien al Estado Trasladante bien al Estado Receptor, su deseo de que se la traslade en virtud del presente Tratado”* (Artículo II.1).

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.

3. Sobre el principio de non bis in ídem

17. 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.



18. 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 idem 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).

19. 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 de la parte 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 de la parte 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.

20. 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° 13.848-22 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 Nelson Roberto Pozo Silva, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Rodrigo Patricio Pica Flores y señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



D3C3AD63-BB69-4199-B8E8-0AF56AD4E978

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.