

Santiago, uno de septiembre de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de su fundamento séptimo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que don Carlos Mota Santos, de nacionalidad dominicana, por sí y en representación de sus hijos menores de edad A.G.M.P. y C.G.M.D., dedujo recurso de protección en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por haber dispuesto la expulsión del territorio nacional del primero; acto que, según acusa, es ilegal y arbitrario y que conculca la garantía establecida en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide acoger el recurso y dejar sin efecto la medida expulsiva, con costas.

Por sentencia de veintiocho de enero de dos mil veinte la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección, alzándose la recurrente por medio del respectivo recurso de apelación.

Segundo: Que la acción constitucional se hace consistir en que el recurrente reside en el país desde el año 2014, junto a sus dos hijos menores de edad, contando con un establecimiento comercial y habiendo realizado todos los trámites necesarios para la obtención de visa



temporaria y de la nacionalidad chilena, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 N° 3 de la Carta Fundamental.

Agrega que, con fecha 11 de septiembre de 2019, el Departamento de Extranjería y Migración rechazó la solicitud de visa presentada por el recurrente, atendido que el año 2017 fue condenado a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de dos unidades tributarias mensuales y accesoria del artículo 29 del Código Penal, por su responsabilidad como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en los artículos 1° y 3 de la Ley N° 20.000, sanción que se encuentra cumpliendo desde el año 2019 bajo la modalidad de pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, conforme a los artículos 17 y 17 ter de la Ley N° 18.216.

A continuación, refiere que la decisión de expulsarlo del país es ilegal, toda vez que en el procedimiento abreviado en que se le impuso la pena privativa de libertad, nunca se discutió ni se solicitó por el Ministerio Público su expulsión del territorio nacional, como pena o efecto jurídico de la sanción penal. Es más, en dicho proceso el Ministerio del Interior y Seguridad Pública solicitó al juez de garantía la imposición de la pena de expulsión, siendo la petición desestimada por el Tribunal por considerar que con ello se afectaba el derecho de los menores a permanecer unidos a su familia de origen.



En cuanto al derecho, destaca que el artículo 143 del Decreto Ley N° 1094 de 1975 -Ley de Extranjería- establece que la resolución que rechace o revoque la solicitud de un permiso de residencia, empezará a regir al término de la condena, restando en la especie tres años para el cumplimiento efectivo de la misma, razón por la cual considera que la decisión de la recurrida es arbitraria e ilegal y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley.

Tercero: Que, al informar, el Departamento de Extranjería e Inmigración de Ministerio del Interior y Seguridad Pública sostuvo que, de acuerdo con el parte policial N° 2939 de 30 de octubre de 2014, el recurrente ingresó al país en forma clandestina, quedando sujeto al sistema de control de firmas en dependencias de la Policía de Investigaciones de Chile. En ese contexto, el 18 de noviembre de 2014, por Resolución N° 319 de la Intendencia Regional de Arica y Parinacota se dispuso su expulsión del territorio nacional, por haber vulnerado el respectivo control fronterizo.

Enseguida destaca que, conforme con el parte policial N° 3744 de 23 de diciembre de 2014, la Policía de Investigaciones de Chile informó que el actor abandonó el control de firmas en sus dependencias. En ese contexto, el recurrente interpuso una solicitud de reposición, con recurso jerárquico en subsidio, a fin de revocar la medida



de expulsión, arbitrios que fueron desestimados por Resolución Exenta N° 141.541 de 25 de agosto de 2015. Posteriormente, pidió la invalidación del decreto de expulsión, corriendo la misma suerte que las antedichas presentaciones, según consta de los resuelto por Resolución Exenta N° 1530 de 12 de julio de 2016.

A continuación, refiere que con fecha 3 de octubre de 2018, el actor fue condenado por el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, en calidad de autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa y accesorias legales. Agrega que, el 23 de abril de 2019, el recurrente solicitó la regularización de su situación migratoria en el marco del proceso de regularización extraordinaria conforme a las reglas contenidas en la Resolución Exenta N° 1965 de 8 de abril de 2018 de la Subsecretaría del Interior, solicitud que fue rechazada, manteniéndose el decreto de expulsión dictado por la Intendencia de la Región de Arica y Parinacota.

Sostiene que el artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975 prohíbe el ingreso al país de los que dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas y, en general, de los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres, por lo que estima no haber incurrido en un acto ilegal o arbitrario.



Cuarto: Que, asimismo, informó el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, exponiendo que en el marco de un procedimiento abreviado seguido bajo el RIT 4279-2017, RUC 170047113-5, con fecha 3 de octubre de 2018 el señor Mota Santos fue condenado a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de dos unidades tributarias mensuales y accesoria del artículo 29 del Código Penal, por su responsabilidad como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, otorgándole la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva por el lapso de la pena principal, siendo aprobado su plan de intervención el 4 de abril de 2019.

Agrega que el 13 de septiembre de 2019, se recibió el informe trimestral emitido por el Centro de Reinserción Social de Santiago, respecto del condenado, señalando que durante el periodo de cumplimiento mantiene un empleo estable en una peluquería de su propiedad, ubicada en la comuna de Peñalolén, que habita una casa junto a su pareja e hijo en calidad de arrendatarios, evita conductas de riesgos, manteniéndose receptivo y con una adecuada motivación. Más adelante, precisa que el recurrente en la audiencia de 3 de octubre de 2018 no efectuó petición alguna respecto de la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional.



Quinto: Que, por último, informó la Intendencia de la Región de Arica y Parinacota, señalando que efectivamente se dispuso la expulsión del amparado en los términos expuestos por el Departamento de Extranjería y Migración en su reporte. Refiere que las supuestas ilegalidades y arbitrariedades cometidas no son tales, desde que la resolución impugnada fue dictada dentro del ejercicio de las facultades que el legislador le ha conferido a la autoridad competente, conforme a la Ley N° 19.175 y al Decreto N° 818 de 1983. Enfatiza que se encuentra facultada para decretar la expulsión de un extranjero sin necesidad de contar con una sentencia previa de carácter condenatorio, por el hecho de haber ingresado el infractor de manera clandestina al país.

En cuanto al derecho, destaca que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del Decreto Ley N° 1094, el ingreso clandestino al territorio nacional es tipificado como un delito especial, lo cual no obsta a que también constituye una transgresión de carácter administrativo, la que faculta a la autoridad competente para adoptar la medida de expulsión, cuyo es el caso.

Sexto: Que, para resolver el asunto en examen, se debe considerar, en primer término, que la sola circunstancia de ingresar un ciudadano extranjero de manera clandestina al territorio nacional constituye un injusto penal, de acuerdo



con lo prevenido en el artículo 69 de la Ley de Extranjería:

"Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional".

A nivel reglamentario, el aludido precepto legal es secundado por el Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior -Reglamento de Extranjería, cuyo artículo 146 dispone: *"Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada.*

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si ingresaren al país por lugares no habilitados o



clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional”.

Por último, el inciso primero del artículo 143 prescribe que *“La resolución que rechace la solicitud o revoque un permiso de residencia de algún extranjero que se encuentre procesado por crimen o simple delito, deberá disponer que el plazo que se fije para abandonar voluntariamente el país, empezará a regir desde el momento de notificación de la sentencia firme o ejecutoriada, cuando ella sea absolutoria o del término del cumplimiento de la pena, si fuese condenatoria”.*

Séptimo: Que, sin embargo, en la actualidad el recurrente mantiene un empleo estable en una peluquería de su propiedad ubicada en la comuna de Peñalolén, habita una casa junto a su pareja e hijos en calidad de arrendatarios, evita conductas de riesgos, manteniéndose receptivo y con una adecuada motivación, todo lo cual consta en uno de los



informes trimestrales remitidos al Sexto Juzgado de Garantía de Santiago por el Centro de Reinserción Social de Santiago, dependiente de Gendarmería de Chile.

Octavo: Que, además, no resulta posible soslayar el arraigo con el que cuentan los menores protegidos, quienes tienen la nacionalidad chilena y dependen completamente de sus progenitores atendida su corta edad (1 y 2 años), por lo que de materializarse el acto impugnado se vulneraría su interés superior reconocido por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, en particular, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga al Estado a la adopción de las medidas necesarias para evitar la separación de los niños de sus progenitores y de su familia de origen, salvo que ello fuere perjudicial para su desarrollo, circunstancia esta última que no se encuentra acreditada en estos autos.

De lo anterior se infiere que la medida de expulsión adoptada por la Administración resulta ser desproporcionada, en atención a la consideración primordial que el Estado de Chile debe otorgar al interés superior del niño, niña o adolescente, conforme con lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y, además, inoportuna, considerando que fue decretada en noviembre del año 2014, cuando las circunstancias de hecho



del recurrente señor Mota Santos eran completamente diversas de las que mantiene en la actualidad y que dan cuenta de una genuina resocialización y reintegración a la sociedad.

Noveno: Que, atento a lo antes razonado, el recurso deberá ser acogido en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Por lo anterior y de conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de veintiocho de enero de dos mil veinte y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección interpuesto por don Carlos Mota Santos en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y en consecuencia, se deja sin efecto la Resolución N° 319 de 18 de noviembre de 2014, dictada por la Intendencia Regional de Arica y Parinacota y cualquiera otra medida administrativa de carácter expulsivo por los mismos hechos materia del presente recurso; sin perjuicio del cumplimiento de las penas impuestas en la causa RIT 4279-2017, RUC 170047113-5, del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, y que no importen su expulsión del territorio nacional.

Acordada con el voto en contra de los Abogados Integrantes Sres. Lagos y Pallavicini, quienes fueron del



parecer de confirmar el fallo en alzada que rechazó el recurso de protección deducido, teniendo en consideración para ello los siguientes fundamentos:

1°) Que si la expulsión del recurrente se fundara únicamente en la infracción de lo prevenido en el artículo 69 del Decreto Ley N° 1094 de 1975, ciertamente tal medida podría estimarse como desproporcionada en relación con los fines que persigue el legislador, desde que en la actualidad el recurrente tiene un empleo estable en una peluquería de su propiedad, ubicada en la comuna de Peñalolén, habita una casa junto a su pareja e hijo en calidad de arrendatarios, evita conductas de riesgos, manteniéndose receptivo y con una adecuada motivación, todo lo cual consta en uno de los informes trimestrales remitidos al Sexto Juzgado de Garantía de Santiago por el Centro de Reinserción Social de Santiago, dependiente de Gendarmería de Chile.

2°) Que, sin embargo, no resulta posible soslayar que con fecha 3 de octubre de 2018 el recurrente fue condenado por el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, como autor de un delito grave, tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de dos unidades tributarias mensuales y accesoria del artículo 29 del Código Penal, sanción corporal que actualmente cumple en libertad por



medio de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, teniendo fecha de cumplimiento probable para el año 2023.

3°) Que, por su parte, el artículo 34 de la Ley N° 18.216, en lo que interesa, dispone:

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

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

4°) Que, como se advierte, el artículo 34 de la Ley N° 18.216 establece tres condiciones necesarias y suficientes para que proceda la medida de expulsión respecto de extranjeros condenados a una pena de presidio menor en su grado máximo: a) debe tratarse de extranjeros no residentes



en el país; b) es menester que lo solicite el penado; y c) se trata de una facultad discrecional del juez de garantía, según se advierte de la locución "podrá" que emplea el legislador.

Así las cosas, la disposición en comento no resulta aplicable en la especie, en atención a que la expulsión no fue solicitada por el recurrente; por el contrario, fue requerida por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, siendo desestimada por el Tribunal por considerar que con ello se afectaba el derecho de los menores a permanecer unidos a su familia de origen.

5°) Que, si bien la medida de expulsión no constituye técnicamente una "pena" (según el parecer mayoritario de la doctrina) y, por consiguiente, no cumpliría con los fines preventivos generales y especiales que tienen las penas en un Estado Constitucional de Derecho, lo cierto es que la autoridad administrativa que decretó dicha medida ha obrado dentro del límite de sus atribuciones, con estricto apego a las normas contenidas en la Carta Fundamental y a la legislación especial establecida en los artículos 2, 3, 15 N° 7, 17 y 69 del Decreto Ley N° 1094 de Extranjería y su reglamento, y Decreto N° 818 del Ministerio del Interior, fundando adecuadamente su acto, no afectando a dichas facultades las circunstancias ocurridas con posterioridad al acto impugnado, las que deben ser planteadas como motivo



de la solicitud de regularización de su situación migratoria mediante el procedimiento administrativo previsto en la ley.

6°) Que, en consecuencia, sólo cabe concluir que la autoridad se encontraba legalmente facultada para ordenar la expulsión del recurrente del territorio nacional, acto que a la fecha no ha sido dejado sin efecto, razón por la que no puede ser tildado de ilegal o arbitrario, sin perjuicio de lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 143 del Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior, sobre Reglamento de Extranjería.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y de la disidencia sus autores.

Rol N° 24.455-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval por estar con permiso y el Abogado Integrante señor Pallavicini por estar ausente. Santiago, 01 de septiembre de 2020.





TNDFRCELNX

En Santiago, a uno de septiembre de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

