

C.A. de Santiago

Santiago, doce de junio de dos mil veintitrés.

Vistos y considerando:

Primero: Que Fredy Pomasquispe Villanueva, peruano residente en Chile, transportista y fletero, domiciliado en calle Moneda N° 2491, pieza interior, comuna de Santiago, conforme a lo dispuesto en el inciso primero, del artículo 141 de la Ley N° 21.325, interpone recurso de reclamación en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por haber dictado la Resolución Exenta, N° 97646, de fecha 04 de noviembre de 2022, que ordena su expulsión del territorio nacional.

Señala que obtuvo la permanencia definitiva mediante Resolución Exenta N° 2.169, de fecha 10 de abril de 2007, ingresando a Chile desde Perú el año 2002, con residencia regular a partir de 2003, y desde esa fecha hasta su detención, trabajó formalmente como fletero transportista, actividad que realiza en la actualidad.

Expresa que con fecha 30 de marzo de 2021, fue detenido y formalizado como autor del delito de tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley 20.000.

Con fecha 23 de marzo del año 2022, a través de un procedimiento abreviado fue condenado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, con pena sustitutiva de la libertad vigilada intensiva y decomiso del camión placa patente DLVZ-27.

Que con fecha 04 de noviembre de 2022, se dictó la resolución que ordena su expulsión de Chile, fundamentada en la condena de fecha 23 de marzo de 2022.

Que en la sentencia condenatoria citada se señaló que cumpliría roles de bodeguero y transportista, lo que fue inexacto porque fue contratado en Santiago por parte del otro sentenciado, González, para realizar un flete que es el oficio que desempeña para ganarse la vida honradamente. Además, indica que en la resolución reclamada



se señala que no ha realizado contribución de índole social y económica.

Respecto de sus antecedentes familiares, da cuenta que actualmente vive en el país junto a su pareja Diana Maritza Córdor Gómez, y fruto de dicha relación han formado una hermosa familia compuesta de cuatro hijos en común: 1.) A. F. P. C., nacido en Lima, Perú, el 28 de mayo de 2002, 2.) Y. A. P. C., nacido en Chile, el 21 de febrero de 2012, 3.) T. P. C., nacido en Chile, el 17 de julio de 2017, y 4.) I. D. P. C, nacido en Chile, el 15 de octubre de 2022, respectivamente.

Precisa que todos sus hijos tienen nacionalidad chilena, excepto A. F. P.C., que tiene nacionalidad peruana con residencia definitiva en Chile.

En relación con los antecedentes laborales, expresa el reclamante que siempre ha trabajado en el área de la construcción y como transportista fletero. Agrega que, como trabajador formal le han sido pagadas imposiciones según lo acredita. Luego, se desempeña como transportista en un emprendimiento familiar desde hace seis años a la fecha.

Enfatiza el reclamante que, siempre y actualmente su único interés es aportar al país y sustentarse junto a su familia de manera independiente para lograr que sus hijos tengan un mejor futuro, manifestación de ello es que su hijo A. F. P.C. se encontraba cursando la carrera de Administración de Empresas en el Instituto Inacap, el que este año 2023 no pudo matricularse, por la inestabilidad que están viviendo como familia en relación con el decreto de expulsión que les afecta.

Indica que, en cuanto al derecho, el acto administrativo que dispone la expulsión del país es desproporcionado respecto a la protección de bienes jurídicos públicos que tutela el delito cometido.

Además, indica que la jurisprudencia ha declarado que: "la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a



obtener, a aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, lo que pugna entre la lógica y la recta razón". Precisa que lo mismo ha reconocido la Contraloría General de la República.

Manifiesta que, en este caso, el actuar del Ministerio del Interior al dictar la Resolución Exenta N° 97646, de fecha 4 de noviembre de 2022, que ordena su expulsión del país, resulta arbitraria, puesto que su permanencia no constituye una amenaza para bienes jurídicos públicos. En este sentido, agrega, la Excm. Corte Suprema en la causa Rol N° 1413-2013, ha indicado que "los conceptos en examen (como la conveniencia o utilidad social) tiene relación con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general de la Nación".

En conclusión, expresa el recurrente que, la medida de expulsión del país decretada en su contra," no es indispensable para proteger bienes jurídicos públicos y, en consecuencia, carece de justificación suficiente. Y, refiere que, tampoco lo es, al tenor del artículo 129 de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería que, dispone:

"Consideraciones:

Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión.
2. Los antecedentes delictivos que pudiera tener.
3. La reiteración de infracciones migratorias.
4. El período de residencia regular en Chile.
5. Tener cónyuge, conviviese o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.
6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.



7. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional."

Expresa que, la única consideración que parcialmente cumple el decreto de expulsión, es la del número 1 del artículo 129, la gravedad del hecho, sin embargo, la califica de parcial porque fue condenado a través de un procedimiento abreviado, no en un juicio oral y público, y hace esta diferencia porque la ponderación de las pruebas no es igual en ambos procedimientos penales, porque al aceptar un procedimiento abreviado, se aceptan los antecedentes de la carpeta investigativa, pero por ningún motivo la culpabilidad de los hechos.

Que, agrega en este punto, que aceptó el procedimiento abreviado no obstante que mediante este procedimiento la posibilidad de ser condenado es altísima, porque se encontraba privado de libertad en prisión preventiva casi un año y para una persona como él que no había tenido contagio criminógeno, era la prisión insostenible, tal como le sucede a la mayoría de los seres humanos.

El reclamante solicita, además, que se considere:

Que fue sentenciado a una pena sustitutiva a la privativa efectiva de libertad, la que al ser concedida tuvo en cuenta que no volverá a delinquir, ya que bastó la sanción penal de la intervención individualizada en libertad vigilada intensiva, en conformidad al artículo 16 de la ley 18.216.

Que si la expulsión se consideraba pena accesoria, debió haberse dictado de inmediato en sede judicial y no esperar 8 meses para concretar la expulsión del país.

Que el artículo 17 N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prescribe que la familia es el elemento natural y fundamental de la Sociedad y debe ser protegida, por la sociedad y el Estado.

Que el artículo 19 de la Convención, impone al Estado la protección de niños y su expulsión significa que sus hijos quedarán sin su padre que es el proveedor de alimentos, vivienda, educación,



y significa de hacerse realidad la expulsión del país la desintegración familiar.

En virtud de los hechos expuestos y las normas invocadas, solicita tener por interpuesta la acción de reclamación, acogerla, y en definitiva, dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 97646, de fecha 04 de noviembre de 2022 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que dispuso su expulsión del país.

Segundo: Que al informar el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, solicitó tener las siguientes consideraciones:

Que resulta aplicable la Ley 21.325, de Extranjería y Migración, cuyas disposiciones entraron en plena vigencia el día 12 de febrero de 2022, al publicarse en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 296, de 2022, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, conforme al artículo Undécimo transitorio de dicha ley.

Que, en ese contexto, el artículo 156 de la citada Ley creó el Servicio Nacional de Migraciones como un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, otorgándole competencias sobre diversas materias de migración y extranjería.

Determinadamente, que de acuerdo al numeral 7°, del artículo 157 de la citada Ley, le corresponde a dicho Servicio el determinar la expulsión de los extranjeros conforme a las disposiciones de la Ley N° 21.325, sin perjuicio de la facultad del Subsecretario del Interior de decretar esta medida excepcional, y solo en casos debidamente calificados en que se estime que existen “razones de seguridad interior o exterior”, que no es el caso de autos (artículo 132 de la Ley de Extranjería y Migración).

Que, en consecuencia, la impugnación del decreto de expulsión debió ser presentada en contra del Servicio Nacional de Migraciones, conforme a las competencias legales entregadas por la Ley 21.325.

Sin perjuicio de lo anterior, concluye, dicha cartera de Estado en virtud del deber de supervigilancia que le corresponde ejercer a través de la Subsecretaría del Interior, remitirá los antecedentes al Servicio Nacional de Migraciones para su conocimiento.



Tercero: Que al informar el Servicio Nacional de Migraciones, indica, en síntesis, que el extranjero registró una condena en territorio nacional por el delito de tráfico ilícito de drogas a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo.

Precisa que mediante sentencia de fecha 23 de marzo de 2022, del 6° Juzgado de Garantía de Santiago, en la causa RIT N° 1484-2021, RUV N° 210030518-K, se condenó al extranjero a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales como autor del delito de tráfico ilícito de drogas.

Que, consta en la sentencia citada que se incautó un total de 467 kilos 100 gramos de cocaína base y 348 kilos 800 gramos de clorhidrato de cocaína, que era transportada vía encomienda de Pullman Bus desde Iquique a Santiago en "pallets" de cartón etiquetadas como "utensilios de cocina", cumpliendo el extranjero roles de bodeguero y transportista.

Que, con fecha 08 de agosto de 2022, el extranjero fue notificado personalmente del Oficio Ordinario N° 25.956, de fecha 19 de mayo de 2022, de dicho Servicio, que dio inicio a un procedimiento sancionador seguido en su contra por infringir la legislación migratoria vigente, otorgándole un plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación para realizar sus descargos en relación a la causal de expulsión invocada y para que acompañara todos los antecedentes que estimare relevantes para resolver su situación migratoria, en conformidad a los artículos 132 de la Ley 21.235 y 141 de su Reglamento.

Que, con fecha 16 de agosto de 2022, el extranjero presentó descargos al respecto.

Que, mediante Resolución Exenta N° 97.646, de fecha 04 de noviembre de 2022, del Servicio Nacional de Migraciones, resolvió la expulsión del extranjero del territorio nacional, disponiéndose asimismo una prohibición de ingreso por el período de 20 años.

Se refiere enseguida al procedimiento sancionatorio contemplado en el caso de autos, de acuerdo a las hipótesis contempladas en el artículo 128 N° 2, en relación al artículo 32 N° 5, todos de la Ley 21.325, de Migración y Extranjería, que determinan



causales de expulsión para aquellos extranjeros que, como el recurrente, sean titulares en Chile de un permiso de residencia.

Luego, indica que se cumplieron los trámites indicados en el artículo 132 de dicha Ley y en el artículo 141 del Reglamento.

Por ello, el Servicio previo a dictar la Resolución de expulsión que se impugna en el reclamo, notificó de manera personal al recurrente al inicio del procedimiento sancionatorio, y le otorgó el plazo de 10 días par presentar descargos, en conformidad a los artículos anteriormente citados.

Que, posteriormente el recurrente presentó descargos en el marco del procedimiento sancionatorio, los cuales fueron ponderados por el Servicio, en conformidad al artículo 129 de la Ley 21.325.

Indica que, finalmente, el Servicio aplicó la normativa migratoria vigente, actuando, además, con completo respeto a la garantía constitucional del recurrente de ser oído y de presentar descargos en el procedimiento sancionador iniciado en su contra, practicando además la notificación más perfecta establecida por nuestro ordenamiento jurídico, a saber, la notificación personal de la persona afectada por un acto realizado por un órgano estatal, la que se materializó en su domicilio actual o lugar donde se encuentre.

Que, el Servicio consideró al dictar la Resolución de expulsión reclamada que, la afectación a los bienes jurídicos vulnerados en este caso, a saber la seguridad pública y la salud pública, son de tal gravedad que la medida que corresponde aplicar no es otra que la expulsión del país, ajustándose así a un estándar de proporcionalidad respecto de la actividad desplegada por el reclamante, en consideración a las perniciosas consecuencias sociales que genera el delito cometido por éste.

Así, se tuvo en consideración que el extranjero se encuentra en la causal expresa dispuesta en el artículo 128 N° 2, en relación con el artículo 32 N° 5, de la Ley 21.325.

El primer artículo, en su numeral 2, dispone que son causales de expulsión del país para los titulares de un permiso de residencia:

"2.Incurrir durante su residencia en el país en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 5 u 8 del artículo 32."



Por su parte, el artículo 32 N° 5, en lo atinente al reclamo señala que:

"Prohibiciones imperativas.

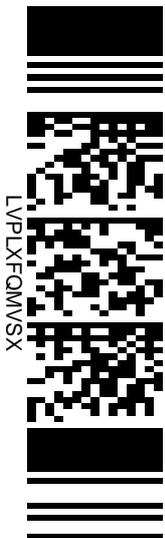
(...)5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero, o se encuentren en procesos judiciales pendientes en el extranjero informados por la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o por los organismos de justicia con que Chile tiene convenios, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes (...)"

Por lo que, se precisa, el extranjero se encuentra contemplado expresamente en ducha causal, al haber sido condenado en territorio nacional como autor del delito de tráfico ilícito de drogas.

Enfatiza el Servicio informante que, es por lo anterior, atendida la afectación a los bienes jurídicos vulnerados en este caso, a saber la seguridad pública y la salud pública, resulta ser de tal gravedad que la medida que corresponde aplicar no es otra que la expulsión del país, ajustándose así la resolución reclamada a un estándar de proporcionalidad respecto de la actividad delictiva desplegada por el recurrente, en consideración a las perniciosas consecuencias sociales que ésta genera. Indica que, por consiguiente, en el caso de autos se realizó la ponderación correspondiente, de acuerdo al artículo 129, de la Ley 21.325.

Así, se ponderó que el extranjero mantiene en nuestro país residencia regular desde el año 2004; que acreditó tener vínculos familiares en el país, compuesto por su pareja y tres hijos; que no ha realizado contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica en el país y, considerando la gravedad del delito por el que fue condenado.

Agrega que, en cuanto al arraigo familiar alegado por el reclamante, a juicio del Servicio, la medida de expulsión migratoria no atenta contra el principio de protección de la familia, no siendo aceptable argüir este principio a fin de evitar medidas migratorias adoptadas en forma legal, ya que se desvirtúa el fin u objeto de la norma, más cuando el extranjero mostró desinterés por cumplir la legislación nacional. Señala que en el sentido antes expuesto, ya



se han pronunciado los tribunales, y cita múltiple jurisprudencia al efecto.

Finalmente expresa que, en virtud de las consideraciones indicadas, el Servicio de Migraciones ha actuado con estricto apego a las Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, debiendo el recurso de reclamación de expulsión ser rechazado, en todas sus partes.

Cuarto: Que, cabe tener presente que el artículo 126 de la Ley N° 21.325, contempla la expulsión de un extranjero y la concibe como:

“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 casuales 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 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.”

Enseguida, el artículo 141 de la Ley 21.325, consagra el presente recurso judicial de reclamación ante la resolución de expulsión de un extranjero del territorio nacional, al disponer que:

“El afectado por una medida de expulsión podrá reclamar por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de diez días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva.”

Que, el extranjero reclamante se encuentra en la causal legal de expulsión, prevista en el artículo 128 N° 2, en relación con el artículo 32 N° 5, del citado cuerpo legal. En efecto, el artículo 128 N° 2, en lo pertinente dispone:

"Causales de expulsión de residentes.

Son causales de expulsión del país para los titulares del permiso de residencia:(...) 2. Incurrir durante su residencia en el país



en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1,5,u 8 del artículo 32.”

Por su parte, en lo que resulta atinente al presente reclamo, el artículo 32 N° 5, de la Ley 21.325, dispone:

“Prohibiciones imperativas. Se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que:

(...) 5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero, o se encuentren en procesos judiciales pendientes en el extranjero informados por la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) o por los organismos de justicia con que Chile tiene convenios, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes(...).”

Quinto: Que, en consecuencia, al haber sido condenado el extranjero Fredy Pomasquispe Villanueva, mediante sentencia de fecha 23 de marzo de 2022, del 6° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT N° 1484-2021, RUC N° 2100303518 -K, a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de drogas y según se comprueba de la misma sentencia que en el hecho se incautó un total de 476 kilos 100 gramos de cocaína base y 348 kilos 800 gramos de clorhidrato de cocaína, lleva a concluir que el Servicio Nacional de Migraciones, al dictar la Resolución Exenta N° 9.7646, de fecha 04 de noviembre de 2022, que decreta la medida de expulsión del país en contra del reclamante, lo ha hecho en base a los antecedentes que dan cuenta de la gravedad, naturaleza, forma y circunstancias de comisión del delito, y ámbito de la infracción penal cometida, considerando la grave e incalculable amenaza para la salud y seguridad pública que éste conlleva, atendida la gran cantidad de droga ilícita incautada y sus graves y perniciosas ulteriores consecuencias para la sociedad, desde la perspectiva del bien jurídico protegido que la figura penal cautela, por lo que no puede ser calificada la medida de expulsión de desproporcionada.

Sexto: Que, en cuanto a las circunstancias personales y familiares del reclamante, en relación a la proporcionalidad y razonabilidad de la medida de expulsión del país decretada en su contra, esto es, tratarse de una persona que reside en el país desde



hace años, quien el año 2007 obtuvo la residencia definitiva Chile, que actualmente trabaja para proveer el sustento suyo y de su familia, integrada por su pareja, extranjera, con residencia definitiva en el país, y cuatro hijos surgidos de la unión común, el primero, estudiante, mayor de edad, con residencia definitiva en el país, y los tres siguientes, de nacionalidad chilena, menores de edad, cabe tener presente que, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, Convención promulgada en Chile como ley de la República, por Decreto Supremo de fecha 31 de mayo de 1990, publicado en el Diario Oficial de fecha 20 de agosto de 1990, ha señalado entre otras consideraciones que, "los Estados Partes de dicha Convención, se encuentran profundamente preocupados por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales u políticas de la sociedad. Asimismo, profundamente preocupadas por la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable, y reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y emanan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados. Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad. Y conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".

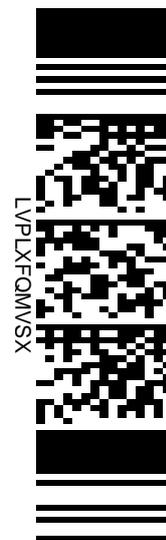


Y, en este sentido, el artículo 3.11 de la citada Convención establece para los Estados Partes que: "Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho."

Séptimo: Que, por consiguiente, en relación con el arraigo familiar del reclamante y el principio de la unidad familiar que se alega en el reclamo, para dejar sin efecto su expulsión del territorio nacional en base a un criterio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, en cuanto a que éste principio sería vulnerado si al extranjero se le expulsa del territorio nacional, al tener familia en Chile, compuesta por su pareja, extranjera con residencia definitiva en Chile, y sus cuatro hijos, el mayor de edad, de nacionalidad peruana con residencia definitiva en el país, y los otros tres hijos de nacionalidad chilena y menores de edad, consta que en estos antecedentes tales circunstancias han sido analizadas y ponderadas por la autoridad administrativa, manteniendo la decisión de expulsión por no ser desproporcionada, razonando que, la afectación de los bienes jurídicos vulnerados en este caso, a saber, la seguridad pública y la salud pública, son de tal gravedad, atendido el delito y la forma y circunstancias de comisión de éste, y el grave peligro concreto y consecuencias para la salud y en general para la sociedad, es que la medida que legalmente corresponde aplicar al reclamante no es otra sino la expulsión del país.

Octavo: Que, en consecuencia, tal como lo señala el Servicio Nacional de Migraciones, la Resolución de expulsión reclamada fue dictada por autoridad competente y dentro de la esfera de sus atribuciones, en tanto al Servicio Nacional de Migraciones, le fue conferida legalmente tal facultad, de acuerdo con el artículo 157 N °7, de la Ley 21.325 que, en lo atinente, dispone:

"Artículo 157.- Funciones del Servicio Nacional de Migraciones. Corresponderán al Servicio Nacional de Migraciones las siguientes funciones:



(...)7.- Determinar la expulsión de los extranjeros conforme a las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de las facultades que al respecto le correspondan al Subsecretario del Interior.(...)”.

Esto en relación al artículo 132, de la misma Ley en cuanto al procedimiento sobre la forma de disponer las medidas de expulsión de extranjeros que sean impuestas.

Y, visto, además, lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 21.325, se resuelve:

Que **se rechaza** el reclamo deducido por Fredy Pomasquispe Villanueva, en contra de la Resolución Exenta del Servicio Nacional de Migraciones, N° 97.646, de fecha 04 de noviembre de 2022, que en decretó en su contra la medida de expulsión del país.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Zepeda, quien fue de opinión de acoger el reclamo deducido en virtud de los siguientes fundamentos:

1° Que según el artículo 126 de la Ley 21.325, Ley de Migración y Extranjería, la expulsión es concebida como “(...) 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 por la ley(...)”. En la especie, la expulsión del extranjero residente en Chile, se encuentra en dentro de las causales enumeradas en el artículo 128 de dicho cuerpo legal, en relación con el numerales 5 y 6 del artículo 32, determinadamente, haber sido condenado en Chile por delito que lleva pena de crimen, determinadamente, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

2° Que, sin embargo, el artículo 129 de la Ley 21.325 y el artículo 136 de su Reglamento, disponen que, previo a la medida de expulsión del país, el Servicio Nacional de Migraciones tiene que fundamentar dicha medida, en función de los factores de la gravedad de los hechos imputados, los antecedentes delictivos del extranjero, la reincidencia en infracciones de índole migratoria, el tiempo de residencia regular en el país, la existencia de cónyuge o padres chilenos radicados en el territorio nacional con residencia definitiva, la existencia de hijos chilenos o extranjeros con estadía en Chile o, en el



segundo caso, residencia definitiva en el país, conforme a los criterios de interés superior del niño, derecho a ser oído y unidad familiar, y los aportes socio políticos, económicos culturales o científicos, realizados por la persona durante su permanencia en Chile.

3° Que, asimismo, según aparece del mérito de los antecedentes del reclamo, la pena impuesta al reclamante en su oportunidad y que ha servido de fundamento para dictar la Resolución Exenta de expulsión del país, fue ordenada cumplir según la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, determinadamente, decretando la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, quedando el sentenciado sujeto a residir en un lugar determinado, a la vigilancia y orientación de un delegado por el período fijado y al ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, u otra modalidad que se determine en el plan individualizado, y no constar que dicho cumplimiento de la pena sustitutiva de la privativa de libertad, haya sido infringido.

Por lo que se colige inequívocamente que el extranjero cumple la condena satisfactoriamente en libertad, trabajando en el sustento de la familia, a través de dicha pena sustitutiva de la libertad vigilada intensiva.

4° Que, en especial, a juicio del disidente, cabe considerar que la Ley 21.325, en el artículo 22, numeral 2, en lo atinente dispone:

“Fijación. El Presidente de la República definirá la Política Nacional de Migración y Extranjería, la cual deberá tener en consideración, al menos, los siguientes elementos:

(...) 2. El respeto y promoción de los derechos humanos del migrante, consagrados en la Constitución Política de la República, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de los que son titulares los extranjeros con independencia de su situación migratoria, con especial preocupación por grupos vulnerables como niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores.”



Aún más, se debe tener presente que, el DFL 1, Decreto con Fuerza de Ley Para el Resguardo de las Áreas de Zonas Fronterizas, de reciente data, esto es, de fecha 09 de febrero de 2023, publicado el 20 de febrero de 2023, reitera el criterio de protección de los derechos humanos del migrante, con especial preocupación por grupos vulnerables como niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores, su artículo 2º, inciso final, en lo atinente precisa.

“Definiciones: (...) Personas en situación de vulnerabilidad: niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 22 de la ley N° 21.325.”

Disponiendo el inciso primero del artículo 9º, de ese mismo cuerpo normativo, lo siguiente:

“Niños, niñas y adolescentes. Si el ejercicio de las atribuciones reguladas en el presente decreto con fuerza de ley afectare a niños, niñas y adolescentes se deberá obrar siempre con especial respeto a su interés superior, a su derecho a ser oído, a su derecho a la protección contra la violencia y contra la explotación económica, sexual comercial y el trabajo infantil, y procurando el resguardo de su derecho a no ser separado de quien esté a su cuidado ni de su familia, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 27, 28, y 36 de la Ley N° 21.340, el artículo 3º del Decreto N° 296, de 2022, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el artículo 4 de la ley N° 21.325.”

5º Que, por consiguiente, a juicio de quien disiente, tratándose de niñas, niños y adolescentes, cabe tener presente en forma prioritaria al decidir, el principio internacional del derecho a la unidad familiar, reconocido expresamente por el Derecho Universal de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, la Convención de los Derechos del Niño, establece que los Estados velarán porque niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad - artículo 9 - y toda solicitud realizada por ellos o sus padres para entrar o salir del de un país para lograr la



reunificación familiar, debe ser atendida por el Estado de forma positiva, humanitaria y expedita - artículo 9 -.

En el sistema Universal de los Derechos Humanos, determinadamente, en la Observación General Conjunta Números 3 y 22 (2017), del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) y del Comité de los Derechos del Niño (CRC), se señala que el principio de no discriminación establecido en la Convención de los Derechos del Niño, obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos enunciados en la Convención a todos los niños y niñas, ya sean considerados, entre otros, migrantes regulares e irregulares, también en situaciones de devolución o expulsión al país de origen, y con independencia de la nacionalidad, situación de residencia o apátrida del niño, o de sus padres o tutores. Asimismo, se debe garantizar explícitamente el interés superior de niñas y niños, por medio de procedimientos individuales como parte esencial de cualquier decisión relacionada con su residencia, o con la devolución o expulsión de un padre, en relación con su propia situación migratoria - párrafos 9 y 30 -.

6° Que, por su parte, el artículo 3.1 y 3.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, promulgada como ley de la República, mediante Decreto Supremo 830, de fecha 14 de agosto de 1990, publicada en el Diario Oficial de 27 de Septiembre de 1990, en lo atinente dispone:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”



7° Que, lo anterior, en concepto de quien disiente, lleva a concluir que la decisión que se reclama es desproporcionada y carece de suficiente racionalidad, atendida la afectación grave que produce la medida de expulsión del país en la unidad de la familia y en el interés de la madre, el adolescente y el interés superior de los niños que actualmente la constituyen, al resultar - de la expulsión del país del padre que trabaja para asegurar la alimentación, salud, y educación de la familia - la desintegración del grupo familiar y con ello la vulnerabilidad absoluta en que quedarían la madre e hijos que la conforman.

En consecuencia, por las razones expuestas, el disidente fue de opinión de acoger el reclamo deducido y dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 97.646, de fecha 04 de noviembre de 2022, del Servicio Nacional de Migraciones, que decretó la medida de expulsión del país del ciudadano peruano Fredy Pomasquispe Villanueva.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del ministro señor Jorge Zepeda Arancibia

N° Contencioso Administrativo-102-2023.

Pronunciada por la Novena Sala, presidida por el ministro señor Jorge Luis Zepeda Arancibia, e integrada, además, por la ministra señora Marisol Andrea Rojas Moya y el ministro señor Tomás Gray Gariazzo.

En Santiago, doce de junio de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.





LVPLXFQMV SX

Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Jorge Luis Zepeda A., Marisol Andrea Rojas M., Tomas Gray G. Santiago, doce de junio de dos mil veintitrés.

En Santiago, a doce de junio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>