

Santiago, dieciséis de febrero de dos mil veinticuatro.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos segundo a octavo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar, además, presente

Primero: Que, en estos autos, se dedujo el reclamo contemplado en el artículo 141 de la Ley N° 21.325 por doña Marcia Peña Aldana, ciudadana venezolana, impugnando la Resolución Exenta N° 3848/2020 de 5 de noviembre de 2020, dictada por el Intendente Regional de Tarapacá, que dispuso su expulsión del territorio nacional, la cual le fue notificada el 24 de noviembre de 2023.

Expresa que, este acto administrativo desatiende sus circunstancias personales, toda vez que, ingresó al país por paso habilitado el año 2020, junto a sus dos hijos de actuales 11 y 13 años de edad, fecha desde la cual ha trabajado formal e informalmente, sin antecedentes penales de ningún tipo, mientras que los niños asisten a la educación básica en jornada completa.

Señala, además, que se encuentra en tramitación una solicitud de residencia temporal, la cual debe ser rechazada de manera previa a la orden de abandono del país.

Por todas estas razones, estima que, el acto reclamado carece de fundamento, razón por la cual pide que se deje sin efecto esta resolución.



Segundo: Que el fallo apelado, acogió la reclamación, teniendo para ello presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094, la expulsión de un extranjero que haya ingresado de manera clandestina a nuestro país requiere, por una parte, la dictación de una sentencia firme y ejecutoriada que establezca la comisión de dicho ilícito y que imponga la pena correspondiente y, por la otra, el cumplimiento de dicha sanción.

En el presente caso, la resolución impugnada indica que, se presentó denuncia en contra de la reclamante y que, luego, hubo desistimiento de la misma, de manera que no se cumple el supuesto normativo establecido en el aludido artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094, para decretar la expulsión de la recurrente del territorio nacional.

Señala el fallo que, no obstante el inciso final del artículo 146 del Reglamento de Extranjería, en relación al artículo 158 del mismo cuerpo normativo, permite también disponer la expulsión del extranjero que hubiese obtenido su libertad, como consecuencia de haberse desistido la autoridad administrativa de la denuncia o requerimiento presentado en su contra, no corresponde dar aplicación a dicha causal de expulsión, toda vez que, ha sido creada por una norma de carácter reglamentario, en circunstancias que la libertad personal únicamente puede



ser limitada o restringida por ley, pues la letra b) del N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, dispone que nadie puede ser privado de su libertad ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

En consecuencia, la expulsión no se fundamenta en una sentencia judicial dictada previo procedimiento legalmente tramitado, sino tan sólo en la noticia entregada a través de un parte policial, lo que conlleva la ilegalidad de dicha actuación.

Tercero: Que, apeló el Servicio Nacional de Migraciones, indicando, tal como lo hizo en su informe que, la reclamante ingresó de manera irregular por paso no habilitado, razón por la cual la autoridad debía disponer la expulsión del territorio nacional como una consecuencia imperativa, ante la transgresión de la normativa migratoria, cumpliéndose así tanto los presupuestos del Decreto Ley N° 1.094, como también los del artículo 127 N°1 en relación al artículo 32 N° 3 de la Ley N° 21.325.

Agrega que, la orden fue dictada por autoridad competente y que el desistimiento de la acción penal respecto del delito de ingreso clandestino, tiene como único efecto extinguir la acción penal e impedir continuar con la persecución criminal. En este sentido,



no es necesario que exista una condena en la sede penal para dictar la correspondiente expulsión.

Finalmente, respecto del arraigo social y familiar alegado, estima que los antecedentes no son suficientes para acreditarlo y que no resulta posible argüir el interés superior del niño y la protección de la familia, a fin de evitar medidas migratorias adoptadas en forma legal.

En definitiva, solicita la revocación de la sentencia y el rechazo de la reclamación.

Cuarto: Que para resolver, se debe tener presente que, el artículo 2° del Decreto Ley N° 1.094, aplicable a la fecha de ingreso al país de la recurrente y a la data de dictación del acto administrativo, disponía: *"Para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente decreto ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones"*, siendo la primera de ellas, según su artículo 3°, inciso primero: *"El ingreso y el egreso de los extranjeros deberá hacerse por lugares habilitados del territorio nacional, los cuales serán determinados por el Presidente de la República mediante decreto supremo, con las firmas de los Ministros del Interior y de Defensa Nacional"*.

Que de lo anterior se desprende que, no están autorizados para residir en Chile quienes ingresen al



país por pasos no habilitados, eludiendo con ello su identificación y el control migratorio correspondiente al ejercicio de la soberanía nacional, motivo suficiente para decretar su expulsión.

Quinto: Que, por otra parte, a esa fecha se encontraba también vigente el artículo 69 de dicho Decreto Ley N° 1.094, el cual establecía: "*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".

De allí se desprende que, la persecución y sanción por el delito de ingreso clandestino, no obstaba al ejercicio de la facultad administrativa de expulsar a quien hubiese ingresado por paso no habilitado al país, sino solo suspendía su ejercicio hasta el cumplimiento de la pena que eventualmente se impusiera.



Sexto: Que, como se ha resuelto reiteradamente por esta Corte, la imposición o no de una pena por la judicatura ordinaria no es óbice para el ejercicio de las facultades sancionatorias de la Administración que se rigen por sus propios estatutos legales. Ello, sin perjuicio de la preferencia que la ley otorga en ciertos casos, como en la especie, a la judicatura ordinaria sobre la Administración a la hora de imponer sanciones o resolver asuntos cuyos supuestos fácticos sean los mismos o estén relacionados con los que deberá considerar la Administración.

Séptimo: Que, en la especie, la forma de término de la causa judicial que suspendió la facultad de la Administración para decretar la expulsión del extranjero infractor, esto es, su culminación por desistimiento, no ha supuesto una decisión jurisdiccional que establezca que el extranjero ingresó por paso habilitado, o lo que es igual, que no incumplió con las exigencias que impone la ley como parte del régimen nacional de migración ordenada y regular.

Octavo: Que, de lo anterior se desprende que tal desistimiento no determina de modo alguno que se deba regularizar la estadía de los extranjeros que ingresen por pasos no habilitados, eludiendo el control de las fronteras, puesto que, la norma expresamente, además de consagrar un delito, contempla la expulsión de aquellos



que hayan incurrido en la conducta, estableciendo un orden de cumplimiento de la sanción penal para luego ejecutar la sanción administrativa, sin que una obstaculice a la otra.

Noveno: Que, en este orden de ideas, esta Corte considera del caso señalar que, si bien es pública y notoria la permisividad con que se actúa en las fronteras chilenas, no impidiendo coercitivamente el ingreso por lugares no habilitados de nuestro país, lo cierto es que tal situación fáctica, no importa una autorización jurídica por parte de la recurrida, como tampoco le priva del ejercicio de sus facultades legales, debiendo este tribunal limitarse, en el examen de la acción incoada, a la aplicación estricta del estatuto normativo que rige la materia que, en este caso, determina la legalidad y falta de arbitrariedad del acto impugnado y, por ende, el rechazo de la acción.

Por estas consideraciones, y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley N° 21.325, **se revoca** la sentencia apelada de veintidós de diciembre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y, en su lugar se declara que **se rechaza** la reclamación incoada en autos en contra de la Resolución Exenta N° 3848/2020, de 5 de noviembre de 2020, del Intendente Regional de Tarapacá.



Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Vivanco y el Ministro (S) señor Contreras, quienes estuvieron por confirmar el fallo en alzada, teniendo para ello presente:

1° Que, para decidir la procedencia de la expulsión de la actora del territorio nacional, no pueden dejar de considerarse sus antecedentes de arraigo social y familiar, especialmente el hecho de tratarse de una madre de dos hijos menores de edad que viven con ella, quienes ineludiblemente se verán alcanzados por los efectos del acto administrativo impugnado.

2° Que, sobre el particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile a través del Decreto N° 830 del año 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, consagra en su artículo 3°: "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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".*



A su vez, el artículo 9° preceptúa: "1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*".

Asimismo, el artículo 10 refiere: "1. *De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares*".

3° Que, volviendo al caso de autos, no resultó discutido en estos antecedentes que, la actora se encuentra establecida en el país desde el año 2020, fecha



desde la cual ha tenido diversos trabajos y que, además, carece de antecedentes penales, tanto en su país de origen como también en Chile.

Tampoco fue controvertido que, la reclamante es madre de dos adolescentes que viven con ella y se encuentran escolarizados en el país, aceptados para cursar 7° básico y 1° año medio.

4° Que, a la luz de la normativa transcrita, siendo una obligación del Estado propender al resguardo del interés superior del niño, y conforme a ello, tomar en consideración la forma en que les afecta una decisión administrativa como aquella que se recurre, fluye que la ejecución de la decisión de expulsar a la actora del territorio nacional no sólo provocará una separación familiar, sino también una vulneración del derecho a la educación de sus hijos, asegurado tanto en el artículo 28 de la Convención ya citada, como también en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

5° Que, en consecuencia, aun cuando se encuentra acreditado que la reclamante ingresó al territorio nacional por un paso no habilitado, la medida de expulsión del territorio nacional se alza como desproporcionada, en tanto todas las circunstancias antes indicadas ameritan que, en concepto de quienes sostienen este voto particular, no sea aconsejable la ejecución de la orden de expulsión, razón por la cual fueron de



parecer de dejarla sin efecto, confirmando el fallo en alzada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Alcalde y la disidencia, de sus autores.

Rol N° 268-2024.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Roberto Contreras O. (s) y por los Abogados Integrantes Sr. Enrique Alcalde R. y Sr. Pedro Águila Y. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Vivanco por estar con permiso y Sr. Contreras por haber concluido su período de suplencia.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por Ministro Mario Carroza E. y los Abogados (as) Integrantes Enrique Alcalde R., Pedro Aguila Y. Santiago, dieciséis de febrero de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a dieciséis de febrero de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

