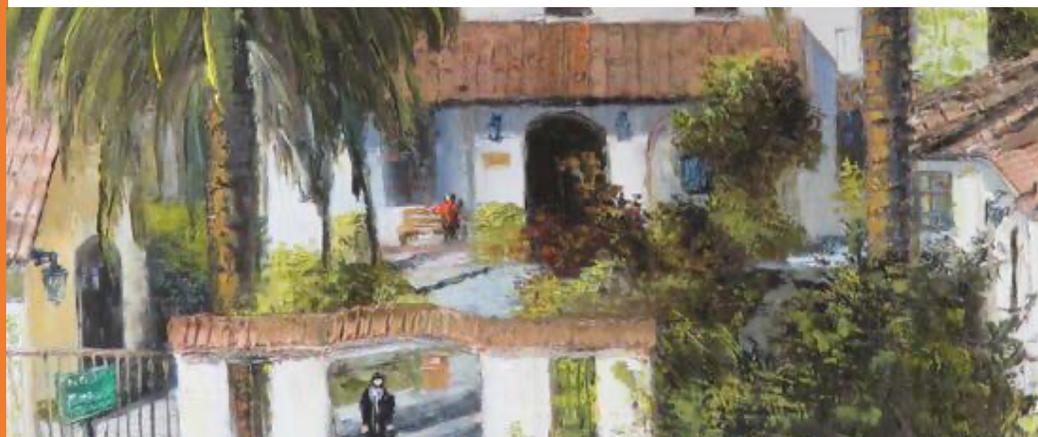


BOLETÍN

BIBLIOTECA CORTE SAN MIGUEL
BASE DE JURISPRUDENCIA
SPB.



MARZO 2022

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL ROL N°84-2022-AMPARO SOBRE RECLAMO A LA MEDIDA DE EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE UNA CIUDADANA COLOMBIANA

Jaime Salas.

BREVE COMENTARIO SOBRE LA INCIDENCIA DE LA LEY N.º 21.412 QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES, RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DE PENA SUSTITUTIVA EN DELITOS DE INFRACCIÓN A LA LEY N°17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS Y EXPLOSIVOS.

Alejandra Rojas C.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL ROL N°84-2022-AMPARO SOBRE RECLAMO A LA MEDIDA DE EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE UNA CIUDADANA COLOMBIANA

La Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo unánime, acogió el veintiuno de marzo de dos mil veintidós el recurso de reclamación deducido en favor de una ciudadana colombiana con permiso de permanencia definitiva en Chile, en contra de la medida de expulsión administrativa del país, dispuesta mediante Decreto Exento del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública.

El recurso judicial fue deducido en virtud del artículo 141 de la Ley 21.325 sobre inmigración y extranjería, entrada en vigor en febrero de este año.

La sentencia resulta de interés, pues se hace cargo de un posible inconveniente procesal relativo al ejercicio de la acción judicial; además, adopta una posición decidida respecto de dos circunstancias de fondo, habituales en este tipo de expulsiones ordenadas por la autoridad administrativa.

Hechos:

El Ministerio del Interior y de Seguridad Pública de Chile emitió el decreto de expulsión de la reclamante de conformidad al antiguo marco migratorio -Decreto Ley N°1.094 de 1975-, fundándolo en que la mujer fue condenada en 2017 por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias y costas por la participación que le correspondió en un delito de tráfico de estupefacientes en los términos del artículo 3 de la Ley 20.000. El órgano migratorio consideró que esta sola circunstancia basta para configurar una afectación a los intereses colectivos resguardados por el Estado, al atentarse contra el bienestar común y el orden social, resultando inadmisibles la permanencia de la extranjera en el territorio nacional.

Añade el acto impugnado que, requerida que fuera la mujer de su comparecencia ante la autoridad, al objeto de acompañar antecedentes relativos a su situación penal, laboral y familiar, no dio cumplimiento a ello.

Con todo, la sentencia que condenó a la reclamante le concedió -sin oposición del Ministerio Público-, la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva contemplada en la ley 18.216, habiendo cumplido íntegramente el periodo de control establecido a la fecha en que le fue notificado el decreto de expulsión del territorio nacional, cuando ya se encontraba vigente la Ley 21.325.

La extranjera es madre de dos hijos menores de edad, ambos de nacionalidad chilena y residentes en el país, -de 2 y 9 años respectivamente- que tienen en ella su único sustento.

No se probó en qué domicilio fue notificada del requerimiento de información dispuesto por la autoridad administrativa, pero se estableció que el cumplimiento de la pena sustitutiva tuvo lugar en su actual domicilio de la comuna de San Miguel -donde vive con sus dos hijos- y no en la ciudad de Iquique en la que fue condenada.

En cuanto a lo procesal:

Durante la vigencia del Decreto Ley N°1.094 de 1975 la reclamación judicial de la decisión administrativa de expulsar a un extranjero se tramitó -usualmente- por la vía de la acción de amparo contenida en el artículo 21 de la Constitución Política de la República. Lo anterior ha sido posible, ya que, pese al particular objeto de esta acción, el inciso tercero de la norma constitucional antes citada agrega que, *el mismo recurso podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.*

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 21.325 se instauró una acción especialmente prevista para el caso de reclamarse la medida de expulsión. Este reclamo se encuentra regulado en el artículo 141 de la mencionada ley que, en lo pertinente, dispone:

“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.

Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte de Apelaciones respectiva fallará la reclamación. La causa será agregada extraordinariamente a la tabla más próxima, gozando de preferencia para su vista y fallo, debiendo resolver el asunto dentro de tercero día. Su interposición suspenderá la ejecución de la orden de expulsión”.

Si relacionamos el artículo 141 con el artículo 139 de la misma ley llegaremos a la conclusión indiscutible que el extranjero puede deducir otras acciones administrativas y judiciales contra actos o resoluciones migratorias que le resulten adversas, exceptuando la medida de expulsión, ya que de modo explícito el legislador prevé para este caso, única y exclusivamente, el reclamo especial del artículo 141.

A pesar de que el libelo de la reclamante indica de manera expresa que ejerce el reclamo antes mencionado, la sentencia comentada fue pronunciada en un procedimiento tramitado conforme a la acción constitucional de amparo, consignando el motivo tercero del fallo que, pese a esto, en el procedimiento se observó todas las garantías procesales consignadas en el artículo 141 de la ley 21.325, respecto de ambas partes.

El punto relevante acá es que el artículo 141 de la mencionada ley nada dice sobre si la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo es susceptible del recurso de apelación para ante la E. Corte Suprema, como sí sucede en el caso del amparo del artículo 21 de la Constitución.

Por lo tanto, si el reclamo del artículo 141 tantas veces citado, no autoriza el ejercicio de otras acciones -como parece consignar el artículo 139- la impugnación de la decisión administrativa de expulsión sólo puede ser conocida en única instancia, correspondiendo ser ingresado en el libro contencioso administrativo de la Corte respectiva y no en el de amparos. Si éste es el camino correcto, las Cortes de Apelaciones deberían declarar inadmisibles cualquier recurso destinado a controvertir los fundamentos de fondo de lo fallado, salvo que se considere que, vía control de convencionalidad, resulta imperioso abrir un mecanismo recursivo ante la E. Corte Suprema. No olvidemos que el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como garantía procesal (penal) *“el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*, norma que -sin embargo- se la ha interpretado de modo más amplio, es decir, no sólo limitada al proceso criminal. En efecto, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en términos más generales que *“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*; y parece que la efectividad de

un recurso guarda estricta relación con el derecho a revisar un fallo ante otro tribunal diverso.

En cuanto al fondo:

Si bien, tanto el Decreto Ley N°1.094 de 1975 como la Ley 21.325 autorizan a la autoridad migratoria para expulsar del territorio nacional a extranjeros que se han visto involucrados en la comisión de ciertos delitos, la sentencia que se comenta establece como doctrina la coordinación sistemática entre las decisiones de los tribunales penales y las de las autoridades administrativas. Aunque no se plantea de manera explícita, se sugiere una suerte de infracción al *ne bis in idem*, cuando dos órganos pertenecientes al mismo Estado consideran dos veces una misma circunstancia en perjuicio del extranjero. En el caso que se comenta, existe una decisión errática y, por lo mismo arbitraria, cuando la autoridad migratoria expulsa a un extranjero que ha cumplido con la pena sustitutiva que le fuera impuesta con ocasión de un delito. Al efecto, el motivo décimo de la sentencia dispone que, *“cuando el Estado-Juez decidió imponer a la reclamante la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva lo hizo tras considerar que, los criterios de prevención especial positiva -resocialización- inherentes a la ley 18.216, resultaban más idóneos que el cumplimiento efectivo de la pena o la expulsión del territorio nacional de la condenada, ello en miras a los fines de la sanción penal; por lo que no resulta acorde al ordenamiento jurídico nacional concluir que la decisión del mismo Estado-Administración sea ahora la de expulsar a la extranjera por haber ejecutado actos de comercio o tráfico ilícito de drogas, desde que aquélla ya cumplió satisfactoriamente el programa de control estatal que le impuso la sentencia, no advirtiéndose -entonces- que su residencia en Chile pueda lesionar los intereses colectivos resguardados por el Estado. En efecto, -continúa la sentencia- al haber sido el Estado-Juez el que determinó que la extranjera satisfizo las medidas de resocialización que le fueran impuestas después de su condena, la expulsión perdió oportunidad. Sostener lo contrario, importa una simple presunción de peligrosidad no corroborada por antecedentes objetivos; por lo mismo, tal fundamento no puede sino ser arbitrario”*.

También, en cuanto al fondo, la sentencia que se comenta desestima la alegación del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, en cuanto a no haber concurrido la extranjera ante el llamamiento de la autoridad, al no haberse probado que aquélla fuera notificada de su obligación de comparecer en su actual domicilio, pudiendo hacerlo. Se trata de una situación estrictamente probatoria.

Sin embargo, más interesante resulta la doctrina sustentada en el fallo en cuanto a que el criterio de unificación familiar -antes reconocido por la jurisprudencia y hoy explícitamente establecido en el artículo 129 de la Ley 21.325- debe ser tomando en consideración de manera relevante al momento de decidir sobre la medida de expulsión de un extranjero, particularmente, cuando existen hijos menores de edad de por medio. La omisión del análisis de éste u otros criterios normativos, de cara a la decisión administrativa, permite concluir que el estándar de razonabilidad inherente a la fundamentación de los actos de la administración del Estado exigido por el artículo 8 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4 de la ley 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo, no se satisface a plenitud, por lo que la orden de expulsión también deviene en ilegal al amenazar el derecho a la libertad personal y seguridad individual de la reclamante.

BREVE COMENTARIO SOBRE LA INCIDENCIA DE LA LEY N.º 21.412 QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES, RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DE PENA SUSTITUTIVA EN DELITOS DE INFRACCIÓN A LA LEY N.º17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS Y EXPLOSIVOS.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º20.813 que modificó la Ley N.º18.216 sobre cumplimiento alternativo de penas, los tribunales penales se vieron impedidos de conceder el cumplimiento de sanciones punitivas de forma sustitutiva a la condena corporal respecto de aquellos sentenciados por delitos de porte y tenencia ilegal de armas de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9º en relación con el artículo 2º, todos de la Ley N.º17.798. Esto llevó a los abogados defensores a deducir requerimientos ante el Tribunal Constitucional en busca de un pronunciamiento respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma contemplada en el artículo 1º inciso segundo de la Ley N.º18.216, en el caso particular que nos ocupa.

La medida legislativa de negar el cumplimiento sustitutivo de penas respecto de esta ley, obedecería a una reacción al aumento de armas no inscritas o robadas que se advertía en poder de delincuentes y como una manera de minimizar los peligros para la población, toda vez que, el riesgo de resultar herido con arma de fuego durante un robo subió exponencialmente.

El legislador incorporó a los infractores de la Ley N.º17.798, sobre control de armas y explosivos, en el inciso 2º del artículo 1º de la ley N.º18.216, sobre cumplimiento sustitutivo de penas, estableciendo en lo medular, que los condenados por delitos de esa naturaleza deberían cumplir la pena de manera efectiva, negándoles con ello la posibilidad de ser merecedores de cumplimiento sustitutivo de penas. Dicho de otro modo, a estos condenados no se les permitía, por ley, cumplir la sanción penal bajo modalidades como la reclusión nocturna o libertad vigilada intensiva. Esta diferenciación motivó la interposición de múltiples requerimientos ante el Tribunal Constitucional al estimar que dicha norma era inconstitucional por ser arbitraria al no considerar el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N.º2 inciso segundo de la Carta Fundamental.

Se ha de tener presente que la Ley N°20.603, publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 2012, vino a modificar la forma de cumplimiento de las penas, otorgando la posibilidad a los sentenciados de hacerlo en forma sustitutiva a la sanción corporal. El debate parlamentario no solo se centró en considerar la norma jurídica sino también en discutir su implementación, todo ello pensando en el fin último, cuál es, la reinserción social del individuo infractor de ley penal. El mensaje de esa ley ratifica lo que se viene señalando en orden a otorgar una diferenciación entre aquellos condenados por delitos graves que atentan contra la vida e integridad física de las personas, entre otros bienes jurídicos de gran importancia para nuestra Constitución Política y, los sentenciados por delitos menores que no revisten la entidad de los anteriores.

Ello se refleja en el objetivo planteado por la ley (...) modificar el sistema de medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad contenido en la Ley N° 18.216, de manera de alcanzar cuatro propósitos centrales, a saber, favorecer la reinserción social de los condenados; controlar efectivamente el cumplimiento de las penas que dicha iniciativa establece; dar protección a las víctimas y favorecer el uso racional de la privación de libertad y de los recintos penitenciarios.

Si observamos los diversos requerimientos interpuestos ante el Tribunal Constitucional, en general identificamos como fundamentos de aquéllos los principios de proporcionalidad, merecimiento y necesidad de la pena, la razonabilidad, intervención mínima o *ultima ratio* y el principio de humanidad, todos ellos desde luego ligados al principio de igualdad ante la ley.

El Tribunal Constitucional a raíz de dichos requerimientos, tanto de los jueces orales penales como de las defensas de los imputados -por tenencia o porte ilegal de armas de fuego- que cumpliendo con los requisitos legales para optar a la sustitución de la pena, acogió numerosos recursos de inaplicabilidad por inconstitucional lo que permitió finalmente que los tribunales al momento de determinar la sanción penal aplicable al caso concreto, resolviera imponer una pena sustitutiva a la corporal, correspondiendo ésta a la de libertad vigilada.

Ante la abundante jurisprudencia en tal sentido, con fecha 25 de enero de 2022, fue publicada la **ley N° 21.412**, cuyo artículo 2 prescribe lo siguiente: *“Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad: a) En el inciso segundo: i. Suprímese la expresión “en los artículos 8, 9, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N° 17.798;” ii. Elimínase la voz “citada”. B) Intercálense los siguientes incisos cuarto y quinto, nuevos, pasando los actuales incisos cuarto, quinto y sexto a ser sexto, séptimo y octavo, respectivamente: “Tampoco podrán imponerse las penas establecidas en el inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos contemplados en la ley N° 17.798, salvo que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista en el artículo 17 C de dicho cuerpo legal. Tratándose de simples delitos previstos en dicha ley y no encontrándose en el caso del inciso anterior, solo procederán las penas sustitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva.”*

De esta forma el legislador se hizo cargo de las alegaciones sobre desigualdad ante la ley en el caso de individuos condenados por la Ley N°17.798 y que, contando con la atenuante de irreprochable conducta anterior, no eran merecedores de la sustitución de pena corporal, a diferencia de lo que sucedía con otro tipo de delitos, sancionados con igual pena.

Lo esperado por los tribunales penales era que se sucedieran una serie de presentaciones de las defensas de los condenados bajo la Ley N°17.798, para obtener la adecuación de la forma de cumplimiento impuesta hasta antes de la promulgación y publicación de la Ley N°21.412 que modificó diversos cuerpos legales para fortalecer el control de armas de fuego. Sin embargo, ello no ha sido así.

En efecto, haciendo una revisión sobre el tema se ha observado que, en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de San Miguel, las solicitudes de sustitución de pena han sido mínimas. A saber, en el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, solo se registra una petición, correspondiente a la causa Rit 46-2021, la cual fue concedida reemplazando la sanción corporal por la sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Lo anterior se puede deber a la multiplicidad de delitos que acompañan normalmente al porte o tenencia ilegal de armas de fuego -como el robo, el homicidio, el tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas- cuyo quantum mínimo de pena está fijado en presidio mayor en su grado mínimo, lo que

se traduce en la improcedencia de una pena sustitutiva conforme lo dispuesto en la Ley N°18.216. Otra razón se sostiene en la cantidad de resoluciones del Tribunal Constitucional que declararon, en su oportunidad, la referida norma como inconstitucional, lo que permitió en definitiva a los tribunales aplicar penas sustitutivas al momento de la determinación de la sanción punitiva.

BOLETIN MARZO 2022

