

0000339

TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE



2024

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 14.658-23 INA**

[11 de abril de 2024]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 128 N° 2  
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 32 N° 5 DE LA LEY N° 21.325,  
DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

FREDY POMASQUISPE VILLANUEVA

EN EL PROCESO ROL N° 144.467-2023, SOBRE SOBRE RECURSO DE  
APELACIÓN DE RECLAMACIÓN, SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA

**VISTOS:**

Que, Fredy Pomasquispe Villanueva acciona de inaplicabilidad respecto del artículo 128, N° 2, en relación con el artículo 32, N° 5, de la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, en el proceso Rol N° 144.467-2023, sobre sobre recurso de apelación de reclamación, seguido ante la Corte Suprema.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone:

*“Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería*

(...)



*“Artículo 32. 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 o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, trata de personas según lo dispuesto en el artículo 411 quáter inciso segundo del Código Penal, lesa humanidad, genocidio, tortura, terrorismo, homicidio, femicidio, parricidio, infanticidio, secuestro, sustracción o secuestro de menores considerando lo prescrito en el artículo 141 inciso quinto e inciso final del Código Penal, robo con intimidación o violencia, robo con homicidio y robo con violación; la comercialización, producción, importación, exportación, distribución, difusión, adquisición, almacenamiento o exhibición de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, donde se utilice menores de edad; aquellos contemplados en los párrafos V y VI del Título séptimo y en los artículos 395, 396 y 397 numeral 1º, todos del Libro II del Código Penal.*

(...)

*“Artículo 128.- Causales de expulsión de residentes. 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.”*

(...)

### **Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

La requirente refiere que obtuvo la permanencia definitiva en Chile mediante Resolución Exenta N° 2.169 de fecha 10 de abril del año 2007, ingresando al país desde Perú en 2002, con residencia regular a partir del 2003. Desde esa fecha hasta su detención, explica, trabajó formalmente. Inicialmente como maestro de construcción con continuidad laboral y posteriormente como fletero transportista, actividad que realiza hasta la actualidad.

Con fecha 30 de marzo del 2021 fue detenido por el delito de tráfico de drogas, previsto en el art. 3° de Ley N° 20.000.

Posteriormente, 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, fue condenado a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo. Por el bajo compromiso delictual se le otorgó libertad vigilada intensiva.



Que, mediante Resolución Exenta N° 97.646, de fecha 4 de noviembre de 2022, del Servicio Nacional de Migraciones, se resolvió la expulsión del territorio nacional, disponiéndose asimismo una prohibición de ingreso por el período de 20 años.

Por ello, con fecha 10 de febrero de 2023, dedujo Recurso de Reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazado con fecha 14 de junio.

Con fecha 16 de junio dedujo Recurso de Apelación, el que con fecha 26 de Julio quedó en acuerdo en Corte Suprema.

Seguidamente arguye que la aplicación de la normativa cuestionada infringe los artículos 5 y 19, de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, afirma que el Tribunal Constitucional, en Rol 2331-2011, ha determinado que “igualmente ha de entenderse que el Principio del Non Bis In Ídem forma parte del conjunto de derechos que los órganos del estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, el que reconoce como fuente de estos derechos tanto la propia carta Fundamental como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentra vigentes”.

En consecuencia, el Principio Non Bis In Ídem tiene un doble carácter en que nadie puede ser condenado por un mismo hecho dos veces, es decir, tener dos sanciones y, por otro lado, que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito o nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento Penal de cada país.

El principio de non bis in ídem igualmente se encuentra consagrado en el art 5 inciso segundo de la carta Fundamental. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Ello, conforme al artículo 19 N° 3 constitucional.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 13 de septiembre de 2023, a fojas 38, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

En resolución de fecha 10 de octubre de 2023, a fojas 175, se declaró admisible.

Conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes en la gestión invocada, formulándose observaciones por el Servicio Nacional de Migraciones a fojas 185.

### **Observaciones del Servicio Nacional de Migraciones**



Destaca que la sentencia condenatoria determinó como hecho acreditado la incautación de un total de 467 kilos de cocaína base y 348 kilos 800 gramos de clorhidrato de cocaína, sustancias transportadas vía encomienda desde Iquique a Santiago, cumpliendo la parte requirente roles de bodeguero y transportista.

Destaca que no se configura el vicio constitucional denunciado por la requirente en relación con la prohibición de doble punición. No existe triple identidad entre la sanción penal y la resolución administrativa, habiéndose aplicado por fundamentos distintos y en razón de la protección de bienes jurídicos diferenciados.

Arguye que no sólo existe reglamentación en cuerpos normativos diferenciados. La Constitución permite una diferenciación con los extranjeros y en específico existe reglamentación especial para el ejercicio de la libertad de locomoción, no resultando ello, en ningún caso, arbitrario. La estadía de los extranjeros está sujeta al cumplimiento de condiciones especiales diferentes a aquellas que deben cumplir los chilenos.

No existe en el ordenamiento jurídico disposición que impida al Servicio Nacional de Migraciones imponer sanciones respecto de conductas que hayan sido sancionadas en sede penal.

Enfatiza que para configurar una vulneración al principio de prohibición de doble valoración debe concurrir triple identidad en cuanto al hecho, al sujeto y al fundamento. El Derecho Penal reconoce fundamentos normativos diferentes a los del Derecho Administrativo sancionador. Y en concreto, la Ley N° 20.000 tiene por objeto de protección la salud pública, cuestión distinta al fundamento de la medida de expulsión que puede vincularse a la seguridad pública, al cumplimiento de la política nacional migratoria, el resguardo a una migración segura, ordenada y regular.

Se arguye igualmente que la requirente no incluyó como parte de la controversia en segunda instancia discusión sobre la aplicación de los artículos 128 N° 2 y 32 N° 5 de la Ley de Migración y Extranjería, ya que en el recurso de apelación no se plantearon alegaciones sobre infracciones del principio de non bis in ídem.

Además, el requerimiento es vago en el planteamiento del conflicto. No se discute la competencia de la administración ni del tribunal penal. En concreto, la potestad para expulsión de extranjeros se reconoce en los artículos 126 y 132 de la Ley N° 21.325.

Por último, se sostiene que las normas que sí resultan aplicables corresponden en realidad al artículo 16 de la Ley N° 18.216 y artículo 129 de la Ley de Migración y Extranjería.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

En audiencia de 4 de enero de 2024, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y alegatos por la requirente del abogado Francisco Ugarte Cruz-



Coke y por el Servicio Nacional de Migraciones del abogado Antonio Beltrán Henríquez.

Fue adoptado acuerdo con igual fecha.

#### CONSIDERANDO:

#### I.- LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS Y EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

**PRIMERO.** Que, en el presente proceso de inaplicabilidad, el Señor Fredy Pomasquispe Villanueva pretende la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 128, N° 2, en relación con el artículo 32, N° 5, de la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, a fin de que no puedan ser aplicados para resolver el proceso Rol N° 144467-2023, sobre sobre recurso de apelación de reclamación, seguido ante la Excm. Corte Suprema.

**SEGUNDO.** Que, los preceptos previamente singularizados, disponen en lo requerido, lo siguiente:

*Artículo 32.- 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 o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, trata de personas según lo dispuesto en el artículo 411 quáter inciso segundo del Código Penal, lesa humanidad, genocidio, tortura, terrorismo, homicidio, femicidio, parricidio, infanticidio, secuestro, sustracción o secuestro de menores considerando lo prescrito en el artículo 141 inciso quinto e inciso final del Código Penal, robo con intimidación o violencia, robo con homicidio y robo con violación; la comercialización, producción, importación, exportación, distribución, difusión, adquisición, almacenamiento o exhibición de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, donde se utilice menores de edad; aquellos contemplados en los párrafos V y VI del Título séptimo y en los artículos 395, 396 y 397 numeral 1º, todos del Libro II del Código Penal.*

*Artículo 128.- Causales de expulsión de residentes. 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.*



**TERCERO.** Que, la primera de las disposiciones impugnadas se encuentra en el Título III de la Ley N° 21.325, “Del ingreso y egreso”. Específicamente, en el párrafo II del mentado título, “De las prohibiciones de ingreso”.

La segunda disposición impugnada, por su parte, se encuentra en el Título VIII de la Ley N° 21.325, “De la expulsión”.

Como se aprecia de una lectura conjunta de los preceptos impugnados, ambos se encuentran en una relación de complementariedad. Ello, toda vez que en el artículo 128 N° 2 de la Ley N° 21.325 se remite expresamente a lo dispuesto en los números 1, 5 y 8 del artículo 32, en el sentido de que constituye una causal de expulsión incurrir en alguno de los actos u omisiones que en dicho precepto se describen. En este sentido, se ha advertido que *“esta normativa establece una clara relación entre las causales de expulsión- aplicables a los titulares de un permiso de permanencia transitoria y a los residentes- y las prohibiciones imperativas de ingreso al país que la misma señala en su artículo 32”* (VERGARA CEBALLOS, Fabiola (2022): La sanción de expulsión administrativa en la Ley N° 21.325. En “Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno-comentarios a la Ley de Migración y Extranjería“. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 207).

**CUARTO.** Que, la requirente, al fundar su requerimiento, apunta a que *“En la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad es muy probable, sino una certeza que los preceptos legales impugnados sean aplicados. En efecto, mi representado fue formalizado y condenado por el delito previsto y sancionado en el art 4 de la ley 20.000 y en consecuencia, existe alta probabilidad por no decir certeza que se aplicará para fundamentar el posible rechazo [de la reclamación] el art 128 N°2 en relación con el art 32 N° 5 de la ley N° 21.325.”*

Luego, sostiene que se infringiría el principio de *non bis in ídem*, sin añadir explicaciones concretas – propias de un control de inaplicabilidad - de cómo se vulneraría tal principio.

Se limita a señalar que el Tribunal Constitucional *“ha determinado que el Principio “Non bis in ídem” no parece consagrado de manera explícita en la Carta Fundamental, como tampoco consta de manera desarrollada, la garantía al debido proceso. No obstante, esto “igualmente ha de entenderse que el Principio del Non Bis In Ídem forma parte del conjunto de derechos que los órganos del estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, el que reconoce como fuente de estos derechos tanto la propia carta Fundamental como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentra vigentes”.*

Añade que *“Según los juristas españoles, el Non Bis In Ídem supone prohibir al Estado que utilice su derecho a castigar doblemente, tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre “la identidad de sujeto, hecho y fundamento”.*



Finaliza señalando que *“el Principio Non Bis In Ídem tiene un doble carácter en que nadie puede ser condenado por un mismo hecho dos veces, es decir, tener dos sanciones y, por otro lado, que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito o nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*.

## II.- LA GESTIÓN PENDIENTE

**QUINTO.** Que, según consta en el presente proceso, con fecha 10.04.2007 el requirente obtuvo la permanencia definitiva, mediante resolución exenta N° 2.169. Se da igualmente cuenta de que ingresó a Chile desde Perú el año 2002 y con residencia regular a partir del 2003.

**SEXTO.** Que, consta igualmente que con fecha 30.03.2021, el requirente fue detenido y formalizado como autor del delito de tráfico de drogas (art. 3° de Ley 20.000).

Posteriormente, y realizado el respectivo juicio, consta que mediante sentencia de fecha 23.03.2022, del 6° Juzgado de Garantía de Santiago, dictada en causa RIT N° 1484-2021, el requirente fue condenado a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, respecto de la cual se le otorgó el beneficio de la libertad vigilada intensiva y decomiso del camión placa patente DLVZ-27.

Corresponde señalar que en el hecho por el cual fue condenado, se incautó un total de 476 kilos 100 gramos de cocaína base y 348 kilos 800 gramos de clorhidrato de cocaína.

**SÉPTIMO.** Que, posteriormente, con fecha 04.11.2022, se dicta la Resolución Exenta N° 97.646 del Servicio Nacional de Migraciones, mediante la cual resuelve la expulsión del requirente del territorio nacional, disponiéndose asimismo una prohibición de ingreso por el período de 20 años.

La medida de expulsión adoptada se basó en la aplicación de los artículos 128 N° 2, en relación con el artículo 32 N° 5, ambos de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, que determinan causales de expulsión para aquellos extranjeros que, como el requirente, sean titulares de un permiso de residencia. Aduciendo, en síntesis, que el recurrente se encuentra comprendido expresamente en la causal del N° 2 del artículo 128, al haber sido condenado en territorio nacional como autor del delito de tráfico ilícito de drogas.

**OCTAVO.** Que, frente a esa decisión adversa del Servicio Nacional de Migraciones, el señor Pomaquispe dedujo el recurso de reclamación expresamente previsto en el artículo 141 inciso 1° de la Ley N° 21.325.

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, sosteniendo que la única consideración que parcialmente cumpliría 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.

El reclamante solicita, además, que se considere, entre otras cuestiones, que el artículo 17 N° 1 de la Convención Americana sobre 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. Y que el artículo 19 de la referida 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.

**NOVENO.** Que, con fecha 14.06.2023, la novena Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones rechazó el recurso de reclamación deducido. Ésta, en lo medular sostuvo 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 posteriores 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" (Considerando 5°).

Luego, se añade que "(...) 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” (Séptimo).

La decisión se adoptó con el voto en contra del Ministro Zepeda, quien estuvo por acoger la reclamación, fundamentalmente pues “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.” (Motivo 7° del voto disidente).

**DÉCIMO.** Que, luego, con fecha 16.06.2023, el requirente dedujo recurso de Apelación respecto de la resolución de la Corte de Apelaciones. En él, se sostiene, en síntesis, que:

1. La medida sería ilegal, pues debió haber sido dictada en consideración a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva aplicada al extranjero, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley N° 18.216.

2. La medida sería arbitraria, pues atentaría en contra del principio de proporcionalidad, citando el deber del Servicio Nacional de Migraciones de realizar ciertas consideraciones previas antes de aplicar la medida, establecidas en el artículo 129 de la Ley N° 21.325.

**DÉCIMO PRIMERO.** Que, finalmente, consta que con fecha 26.07.2023, la Excma. Corte Suprema adoptó acuerdo respecto de la causa, encontrándose pendiente la dictación del fallo. El procedimiento en cuestión se encuentra suspendido, en mérito de la decisión adoptada por la Segunda Sala de esta Magistratura, al admitir a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad;



#### IV.- LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY N° 21.325

**DÉCIMO SEGUNDO.** Que, la expulsión administrativa, en materia migratoria, se encuentra regulada, actualmente, en el Título VIII de la Ley N° 21.325, “De la expulsión”. Su ubicación, en la sistemática de la Ley referida, es separada y posterior al Título VII de la misma, en el que se establecen las Infracciones y Sanciones Migratorias.

**DÉCIMO TERCERO.** Que, conforme al artículo 126 del referido cuerpo legal, la expulsión “es una medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en algunas de las causales previstas en la ley para su procedencia” (inciso 1°).

**DÉCIMO CUARTO.** Que, respecto de la medida de expulsión, se ha destacado que no constituye una pena ni tiene connotación penal. Así, se ha expuesto que aquella *“no es una pena, sino el fruto de una potestad de policía de seguridad; por tanto, si fuese una medida inmotivada o carente de fundamento, aun tratándose de medidas aplicadas en virtud de alguna disposición de la Ley de Extranjería, se genera responsabilidad del Estado, que puede ser ventilada ante un órgano jurisdiccional de derecho internacional por el Estado a que pertenece el extranjero”* (DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2021): Estatuto de los migrantes en Chile. Revisión de la normativa nacional e internacional aplicable. Santiago: Der Ediciones, p. 46).

En sentido análogo, se ha planteado que *“la expulsión de extranjeros es una medida de policía administrativa adoptada con el fin de proteger los intereses del Estado, y no una medida destinada a sancionar la conducta del extranjero. En este entendido, es claro que la expulsión de extranjeros no es un asunto de naturaleza penal, sin perjuicio de que en algunos casos, las consideraciones de orden penal sean determinantes para estimar si la presencia de un extranjero pone o no en peligro los intereses del Estado territorial. Por eso es que, aun cuando una conducta delictiva pueda servir de motivo de expulsión, la necesidad de recurrir a la medida de expulsión será determinada con miras a proteger los intereses públicos del Estado, en lugar de sancionar al extranjero a través de la expulsión”*. Añadiéndose que lo anterior *“(…) no obsta a que el derecho penal del Estado territorial sancione con expulsión al extranjero que haya cometido un delito. Pero esta circunstancia no convierte la naturaleza de la expulsión como medida para proteger los intereses del Estado en una sanción propiamente tal”* (NUÑO BALMACEDA, Paula (2014): De la expulsión de extranjeros: la expulsión de extranjeros ante el Derecho internacional vigente. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 87-88).

**DÉCIMO QUINTO.** Que, sin perjuicio de lo anterior, también se ha asumido una posición que parece conferirle a la expulsión administrativa, siempre, la naturaleza de sanción. Así, se ha sostenido que *“entre las sanciones que suelen contemplar las legislaciones de migración y extranjería, la más gravosa es la expulsión”*, la que se concibe como *“el acto jurídico por el cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas nacionales de otro Estado o que no poseen nacionalidad alguna, a abandonar su territorio”*,



tratándose de “un acto administrativo terminal que, en sí mismo, no tiene la naturaleza de una sanción penal” (VERGARA CEBALLOS (2022) p. 207).

**DÉCIMO SEXTO.** Que, finalmente, corresponde señalar que también se ha esbozado una tesis – de algún modo intermedia entre las anteriores – que plantea que la expulsión no tendría, en todos los casos, la misma naturaleza jurídica, distinguiéndose casos en que la misma se correspondería a una medida restablecimiento, y en otros, de sanción administrativa. Su naturaleza sería bifronte.

En este sentido, se ha afirmado que la cuestión dependerá de los motivos que funden la expulsión: “la expulsión que se funde en la inobservancia de dichos requisitos [que el migrante ha de cumplir para obtener la autorización de ingreso] será un acto desfavorable susceptible de ser calificado como medida de restablecimiento de la legalidad y no sanción administrativa, toda vez que no existe una infracción administrativa y finalidad represiva, sino que el incumplimiento de los requisitos para obtener una autorización (no hay deber detrás) y por finalidad la búsqueda de restablecer lo que en derecho corresponda”.

En cambio, se tratará de una “expulsión con naturaleza jurídica de sanción administrativa en el caso que, independiente de la regularidad o irregularidad migratoria, se expulse a un extranjero por ciertos actos cometidos en territorio nacional. Lo anterior se debe a que en estos casos existe una finalidad represiva en el hecho de disponer un acto que afecte la libertad ambulatoria del particular por la infracción de ciertas obligaciones y prohibiciones que la ley ha demandado observar mientras se encuentre en Chile, lo que constituirá la infracción administrativa” (MOLINA CONZUÉ, Diego (2019): La expulsión de extranjeros en Chile: ¿es siempre una sanción administrativa? El Mercurio Legal (09.09.2019).

**DÉCIMO SÉPTIMO.** Que, igualmente, a fin de caracterizar adecuadamente la expulsión administrativa prevista en la Ley N° 21.325, corresponde señalar que aquella se relaciona con la soberanía del Estado que expulsa. En este sentido, la facultad de expulsar a un extranjero es una proyección de la soberanía del Estado que expulsa, vinculada a su potestad de fijar los requisitos de ingreso y permanencia a su territorio. Y es que como ha fallado este Tribunal (STC Rol N° 9930, c. 9°), “No obstante, en materia de derecho público el ordenamiento jurídico hace distinciones justificables, respecto de los extranjeros, verbi gracia, acceso a determinadas funciones públicas, exigencias de avecindamiento en el derecho al sufragio, se encuentran eximidos de cumplir los deberes constitucionales (art. 22 CPR), salvo el respeto a Chile y a sus emblemas nacionales **y; en materia de ingreso, salida, permanencia y residencia en el territorio nacional el Estado establece reglas que dicta en ejercicio de su soberanía con aquellas limitaciones propias del respeto a los derechos esenciales que origina la naturaleza humana** (art. 5.2 CPR)”. Reconociéndose, en la misma sentencia (STC Rol N° 9930, c. 18°), que el derecho a la libertad personal y ambulatoria se encuentra “(...) íntimamente vinculado a la inmigración (...) **reconociéndose a cada Estado la facultad de establecer las condiciones que considere necesarias para autorizar el ingreso al país de un extranjero. Una vez que**



**ingrese al territorio nacional, deberá cumplir los requisitos para residir en él. Todo lo cual, ha sido reconocido por el derecho internacional”.**

DÉCIMO OCTAVO. Que, desde esta perspectiva, cabe entender el artículo 128 N° 2 de la Ley 21.325, que exige como requisito para los residentes un deber de abstención, el de no incurrir en las conductas indicadas en los numerales 1 y 5 del artículo 32 (estar vinculados con grupos o movimientos terroristas o la comisión de graves delitos, los cuales se pormenorizan taxativamente, incluido el tráfico de drogas), y el incumplimiento de la normativa migratoria relativa a categorías migratorias de acuerdo con lo establecido en el N° 8 del art. 32.

En definitiva, se trata de requisitos que deben ser cumplidos por los extranjeros residentes fundados en la necesidad de proteger la seguridad nacional, el orden o moral públicas, lo que se encuentra en consonancia con los artículos 12 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 N° 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el artículo 22 N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DÉCIMO NOVENO. Que, por lo mismo, la doctrina ha sostenido que *“El derecho de expulsar emana del principio de la soberanía de los Estados. Este principio no sólo reconoce que cada Estado tiene el derecho de defender su territorio frente al ataque de fuerzas armadas extranjeras, sino que **también reconoce la discreción de los estados para determinar las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en su territorio. En consecuencia, el derecho de expulsar es un corolario del derecho que cada Estado tiene de otorgar o negar el permiso de entrar en su territorio.** El Derecho Internacional no discute el hecho de que el derecho de expulsar extranjeros, inherente a la soberanía de los Estados, sea un principio de derecho internacional consuetudinario”* (NUÑO BALMACEDA (2014). p. 55).

La medida de expulsión, entonces, *“es adoptada en ejercicio de la soberanía que cada Estado ejerce sobre un territorio determinado; soberanía que comprende, como facultades inherentes, el control de las fronteras y la determinación de las condiciones que deben cumplir los no nacionales que desean ingresar y permanecer en el país de que se trate”* (VERGARA CEBALLOS (2022) p. 207).

VIGÉSIMO. Que, sin perjuicio de la relación descrita entre expulsión y soberanía del Estado, y si bien ninguna norma de derecho internacional prohíbe la expulsión de extranjeros, *“la libertad de este encuentra ciertos límites. La expulsión no debe ir acompañada de daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios, que pudieran considerarse inhumanos. Además, el Estado debe articular y conceder un trámite de audiencia y un derecho de recurso a favor del extranjero. Es decir, el estándar mínimo internacional de debido proceso se aplica al derecho de expulsión, tanto a sus causales como al procedimiento administrativo seguido por órganos competentes”* (DÍAZ TOLOSA (2021) p. 45).



**VIGÉSIMO PRIMERO.** Que, de acuerdo a lo anterior, cabe señalar que la Ley N° 21.325, que fija el marco jurídico para el ejercicio de la facultad de expulsión como medida que se adopta en el ámbito administrativo, contiene una detallada regulación de la misma, la que como se dirá, entre otras cosas, se refiere a las causales que tornan procedente la medida, las consideraciones que ha de efectuar la autoridad y la exigencia de fundamentación de la medida, la prohibición de expulsiones colectivas, el procedimiento previo para adoptarla y la impugnación del acto que determina la expulsión mediante un recurso judicial especialmente previsto.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.** Que, en lo que respecta a los motivos o causales que tornan procedente la expulsión, es el legislador quien las determina, distinguiéndose su régimen conforme al estatus migratorio del extranjero a quien se pretende aplicar la medida.

Así, por una parte, se determinan las causales de expulsión en aquellos casos en que tal medida se adopta respecto de un extranjero que es titular de un permiso de permanencia transitoria y de aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país (artículo 127).

Por la otra, se determinan las causales de expulsión respecto de los extranjeros que son titulares de un permiso de residencia (artículo 128), como es el caso de autos.

Recuérdese que en la especie, se impugna el artículo 128 N° 2 en relación al artículo 32 N° 5 de la Ley N° 21.325, respecto del cual sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente, esta Magistratura Constitucional -a propósito de la posibilidad de expulsar a un extranjero sobre la base de lo prescrito por el artículo 32-, advirtió que *“no resulta necesario realizar un examen exhaustivo de los tipos penales de nuestro Código para advertir que todos los delitos enunciados en las causales N° 1 y 5° del artículo 32 del proyecto de ley, configuran aquellas figuras que nuestro legislador ha calificado como los más graves y respecto de los cuáles ha impuesto las penas más severas.”* Añadiendo que *“De este modo, la ley opera bajo la hipótesis que se apoya en las tipificaciones del legislador; en la actividad policial de cooperación internacional; y en el juzgamiento o imputaciones de los tribunales de justicia nacionales y extranjeros.”* (STC Rol N° 9930, c. 122°).

**VIGÉSIMO TERCERO.** Que, en otro orden de materias, en cuanto a la fundamentación de la medida que se adopte, corresponde señalar que el legislador impone a la autoridad administrativa -Servicio Nacional de Migraciones y Extranjería- la consideración, previa a la dictación de la medida, cuestión que luego deberá reflejarse en la fundamentación de la misma, de los criterios expresados en el artículo 129: “1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión; 2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener; 3. La reiteración de infracciones migratorias; 4. El período de residencia regular en Chile; 5. Tener cónyuge, conviviente 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 el 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”.

**VIGÉSIMO CUARTO.** Que, en este sentido, se ha considerado que la Ley N° 21.325 “con buen criterio, ha establecido en su artículo 129 una serie de factores que deberán ser tomados en cuenta llegado el momento de dictar una sanción de expulsión. Por lo mismo, sobre tales factores deberá recaer buena parte del razonamiento del tribunal de justicia que eventualmente deba decidir sobre la confirmación o revocación de un acto administrativo de expulsión” (MONDACA MIRANDA, Alexis (2022): *Revisión de las expulsiones por parte de los tribunales de justicia ¿un avance en la defensa de los derechos de los inmigrantes? En “Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno-comentarios a la Ley de Migración y Extranjería”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 262).

En relación a la aplicación del artículo 129 y el rol que tiene frente a la concurrencia de una causal de expulsión, se ha hecho ver que “En cuanto a la obligatoriedad de decretar la medida de expulsión por parte de la autoridad administrativa, a pesar de que varias de las causales de expulsión hacen alusión al artículo 32 sobre prohibiciones imperativas de ingreso, en la ley 21.325 no basta con ser verificada la causal de expulsión, hay una condicionante más, pues es la propia ley en su artículo 129, la que obliga a la Administración a fundamentar, o mejor dicho sopesar, dicha decisión tomando en cuenta previamente aspectos personales del afectado como la gravedad de los hechos, los antecedentes delictuales, la permanencia regular en Chile, tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o con residencia definitiva, tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva, tener en consideración el interés superior del niño, o la contribución social en sus diferentes ámbitos en su permanencia en el país”(NÚÑEZ CONTRERAS, Héctor (2021): *Límites a la expulsión administrativa de extranjeros y su efecto vinculante frente al Estado de Chile. Tesis para optar al grado de Magister con mención en Derecho Público (Universidad de Valparaíso)*, pp. 30-31).

**VIGÉSIMO QUINTO.** Que, igualmente, es menester destacar que el artículo 130 de la Ley N° 21.325, de la mano de lo prescrito por los tratados internacionales sobre la materia, prohíbe las expulsiones colectivas, cuestión que resulta especialmente relevante, pues determina que en nuestro ordenamiento la decisión de expulsión es esencialmente singular.

Característica que implica que el juicio de la autoridad administrativa – y luego la judicial de mediar reclamación – sea concreto, debiendo ponderarse la procedencia de aquella para el sujeto y para el caso específico de que se trata, conforme al mérito del procedimiento y los criterios del artículo 129 de la Ley N° 21.325.



**VIGÉSIMO SEXTO.** Que, finalmente, en torno al procedimiento previo para adoptar la medida de expulsión, el artículo 132 de la Ley N° 21.325 dispone que “Las medidas de expulsión de extranjeros serán impuestas por resolución fundada del Director Nacional del Servicio”.

Al respecto, se contempla la exigencia de notificación del extranjero (artículos 132) respecto del cual se instruye el procedimiento, con el señalamiento de la causal de expulsión que se invoca y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvan de sustento, según corresponda en cada caso. Ello, a fin de que este, dentro del plazo de diez días, presente sus descargos al respecto.

Luego, y tal como se expuso previamente, antes de dictar la medida de expulsión, el Servicio deberá considerar, respecto del extranjero afectado, aquellos elementos enumerados por el artículo 129 de la ley de extranjería, dictando una resolución fundada con la que concluye el procedimiento administrativo de rigor.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.** Que, una vez dictada la resolución que ordena la expulsión, esta debe ser notificada en los términos del artículo 147 de la Ley N° 21.325, informándosele al afectado de sus derechos y obligaciones, especialmente de los recursos judiciales que le asisten, la autoridad ante quien debe deducirlos y los plazos con que cuenta para ello, además de la indicación precisa de la ubicación y horario de atención de la Corporación de Asistencia Judicial que le corresponda, sin perjuicio de lo que resuelva el afectado.

**VIGÉSIMO OCTAVO.** Que, finalmente, es menester señalar que la Ley N° 21.325, garantiza la revisión judicial de la medida impuesta, al consagrar en su favor un recurso especial de reclamación.

Así, luego de notificado el afectado, éste puede reclamar judicialmente de la medida de expulsión, ante la Corte de Apelaciones de su domicilio, dentro del plazo de diez días contado desde la notificación de la resolución respectiva.

Se exige que el recurso sea fundado, determinándose que su mera interposición suspende la ejecución de la orden de expulsión.

**VIGÉSIMO NOVENO.** Que no está demás señalar que, el proyecto de ley que fue aprobado por el Congreso contemplaba que el recurso fuese conocido en cuenta - sin alegatos orales de las partes - y en única instancia, lo que fue declarado inconstitucional, por nuestro Tribunal, en STC Rol N° 9939. Ello, habida cuenta, por una parte, que “la sanción o medida de expulsión a la que se puede dar lugar como resultado del procedimiento previsto para este tipo de situaciones constituye un efecto negativo de una elevada magnitud para la persona sobre la que recae. La racionalidad y justicia impuesta como pauta por la Carta Fundamental en el artículo 19 N°3, inciso sexto, exige que cuando las consecuencias que puedan derivar de un procedimiento sean de alta envergadura, éste debe brindar ciertos resguardos mínimos” (C. 40°). Advirtiendo igualmente que “las hipótesis fácticas involucradas sobre la permanencia o expulsión de un extranjero en el territorio nacional pueden ser muy diversas y, por lo mismo,



entrabar una mayor o menor complejidad para su resolución. Si los variados tipos de casos han de agruparse bajo un solo procedimiento, su diseño no puede construirse sobre la base de que se está ante asuntos de fácil despacho y que deben resolverse de una manera rápida y expedita” (c. 41°).

A propósito de la posibilidad de reclamar judicialmente, no está demás decir que el legislador vela por la defensa letrada del afectado, reconociendo, en su artículo 141 inc. 3°, el derecho a la defensa jurídica de las personas afectadas por una medida de expulsión, a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial y en igualdad de condiciones que los nacionales.

**TRIGÉSIMO.** Que, acorde con lo expuesto, la doctrina, resumiendo la regulación procedimental expuesta, sostiene al efecto que la nueva Ley de Migraciones y Extranjería *“se adecúa mayormente a los estándares internacionales, pues además de contemplar una instancia en sede administrativa para formular descargos en contra de la medida de expulsión, se contempla un acción especial de reclamación judicial (art. 141) que mejora todos y cada uno de los aspectos criticados de la anterior legislación”* (DÍAZ TOLOSA (2021) p. 172). Por ello, se ha dicho también que *“Conformándose con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, junto con prohibir expresamente las expulsiones colectivas, la Ley N° 21.325 incorpora varias normas tendientes a asegurar el derecho al debido proceso en la adopción, ejecución e impugnación de la sanción de expulsión administrativa”* (VERGARA CEBALLOS (2022) p. 222)

## V.- LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS Y LA PRETENDIDA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

### ALCANCES INICIALES

**TRIGÉSIMO PRIMERO.** Que, luego de habernos referido a la expulsión administrativa, particularmente en relación con su naturaleza y regulación en la Ley N° 21.325, a la que pertenecen los preceptos impugnados, corresponde pronunciarnos sobre la pretensión de inaplicabilidad deducida. La que, como se ha visto, versa sobre dos normas estrechamente relacionadas.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.** Que, por una parte, se impugna el artículo 32 N° 5, el que establece, en carácter de prohibición imperativa de ingreso al país, y en lo que resulta pertinente al presente proceso constitucional, el haber sido condenado en Chile o en el extranjero, *“por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”*. El requirente, Sr. Pomaquispe, conforme se expuso a propósito de la gestión pendiente, fue condenado como autor del referido delito. Dicha norma guarda relación con lo que disponía, previamente, el artículo 15 N° 2 del D.L N° 1.094 de 1975, aunque como advierte la doctrina, la norma actual supone un avance a su respecto.





**TRIGÉSIMO TERCERO.** Que, comentando el artículo 32 N° 5, DIAZ TOLOSA explica que “Esta causal fundada en la comisión de delitos por parte del extranjero, mantiene la referencia a los delitos de tráfico de drogas o estupefacientes, armas y personas, y la trata de personas; moderniza de conformidad a los actuales tiempos la referencia al delito de contrabando, reemplazándolo por el delito de lavado de activos; e incorpora una redacción más precisa y determinada, tanto respecto de la comisión del delito como de su tipificación” (DÍAZ TOLOSA (2021) p. 82)

Respecto de la comisión de los delitos, advierte que antes, la frase “[l]os que se dediquen”, contenida en el artículo 15 N° 2 del D.L N° 1.094<sup>1</sup> “implicó ciertas interpretaciones judiciales que exigían una habitualidad en la conducta, no dando entonces por satisfecha la causal, si se trataba de un hecho delictual único en la vida de una persona. Ahora, en cambio, precisa que la causal se configura tanto respecto de quienes hayan sido condenados (en Chile o en el extranjero) como de quienes se encuentren en procesos judiciales pendientes (en el extranjero), sin referencia a dedicación o habitualidad en la conducta, por lo que se entiende bastaría con un *único acto delictual*” (DÍAZ TOLOSA (2021) p. 82).

Añadiendo que, respecto de la tipificación de los delitos, en el D.L N° 1.094, artículo 15 N° 2, que contenía la frase “los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres” “debía ser determinada en sede judicial, constatándose en una primera jurisprudencia de las cortes de apelaciones la existencia de fallos que consideraban como subsumidas en la causal figuras delictuales tales como el hurto, infracciones contra la propiedad intelectual, y el uso fraudulento de tarjetas de crédito. *En cambio, la nueva Ley lo circunscribe solo a los delitos de mayor gravedad que protegen los bienes jurídicos de la vida, la integridad física y sexual*” (DÍAZ TOLOSA (2021) p. 82). Acorde con lo anterior, como se advirtió, esta Magistratura consideró, al controlar preventivamente la actual Ley N° 21.325, que “(...) *todos los delitos enunciados en las causales N° 1 y 5° del artículo 32 del proyecto de ley, configuran aquellas figuras que nuestro legislador ha calificado como los más graves y respecto de los cuáles ha impuesto las penas más severas*” (STC Rol N° 9930, c. 122°).

**TRIGÉSIMO CUARTO.** Que, además, se impugna el artículo 128, N° 2, el que determina como causal de expulsión del extranjero que es titular de un permiso de residencia, el “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.” Es decir, en lo pertinente al presente caso, constituye causal de expulsión, conforme la remisión que realiza el artículo 128 N° 2 al artículo 32 N° 5, el haber sido condenado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

---

<sup>1</sup> Decreto Ley N° 1.094: “Artículo 15.- Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;”



**TRIGÉSIMO QUINTO.** Que, este tipo de causales de expulsión, se conocen como aquellas sustentadas en la violación de la ley (*violation of law*), sobre las cuales se ha sostenido que “*En virtud de la soberanía territorial del Estado, el ejercicio de las competencias territoriales del Estado se ejercen no sólo sobre la población propia de éste, sino que también sobre los extranjeros que se encuentren en su territorio, y por consiguiente, estarán sujetos a las leyes nacionales y a la jurisdicción de dicho Estado. Este principio ha gozado de amplio reconocimiento tanto por la práctica de los Estados como por la doctrina internacional. Prácticamente todos los Estados que componen la comunidad internacional poseen normas de derecho interno que disponen expresamente que los extranjeros se encuentran sujetos a la legislación vigente, al igual que sus ciudadanos*” (NUÑO BALMACEDA (2014) pp. 87-88).

**TRIGÉSIMO SEXTO.** Que, el conflicto que plantea el requirente en su libelo, se vincula con una pretendida infracción al principio del *non bis in ídem*, conflicto que no fue desarrollado en el requerimiento. Sin embargo, según alegó en estrados, tal vulneración se habría producido toda vez que la Ley N° 21.325 considera como causal de expulsión el haber sido condenado penalmente, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Por ello, entiende que se le estaría sancionando dos veces por un mismo hecho. Primero, imponiéndosele una pena por la comisión del delito en cuestión, en un proceso penal. Segundo, con la expulsión administrativa dispuesta en la Ley N° 21.325, habida cuenta la condena por el delito en cuestión.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.** Que, el requirente, en su libelo, da cuenta de que el principio en el que funda su impugnación conlleva una prohibición para el Estado de utilizar su derecho para castigar doblemente, tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, proscribiendo la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre “la identidad de sujeto, hecho y fundamento” (fojas 05).

#### SOBRE EL PRINCIPIO “NON BIS IN ÍDEM”

**TRIGÉSIMO OCTAVO.** Que, conforme a lo expuesto, el conflicto sometido a nuestro conocimiento se sustenta en la prohibición de doble punición o “*non bis in ídem*”, expresado en la proscripción del doble juzgamiento por el mismo hecho o el doble castigo por la misma ilicitud. Principio que constituye, sin duda, una piedra angular del ordenamiento jurídico sancionador.

Al efecto, la doctrina ha expresado que “[e]l principio “*non bis in ídem*”, tradicionalmente entendido como la prohibición de que alguien pueda ser condenado dos veces por un mismo hecho, ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional como uno



de los pilares del Derecho administrativo sancionador. En su origen este principio fue una derivación de la cosa juzgada, ya sea porque lo declarado en una sentencia se tiene como la verdad jurídica (vertiente positiva) y, además, porque resulta imposible volver sobre la misma materia una vez resulta (vertiente negativa). Desde el ámbito procesal adquirió un componente sustantivo que se traduce en la imposibilidad de sancionar dos veces por un mismo hecho” (CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII, pp. 399 – 439).

**TRIGÉSIMO NOVENO.** Que, igualmente, se ha indicado en relación con este principio de *bis in ídem* y su prohibición, que, desde la perspectiva administrativa, este tendría dos vertientes: “[p]or una parte, impide que un mismo hecho sea considerado a la vez delito penal y delito administrativo; y, por otra, que un mismo hecho personal sea considerado a la vez objeto de dos sanciones de tipo administrativo; por ejemplo, que de un mismo hecho se deriven dos o más multas.” (VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): “Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador”. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte [Año 11, N° 2], pp. 137-147).

Asimismo, se ha planteado a su respecto que “Para el ámbito del Derecho Administrativo sancionador se define como el Derecho público del ciudadano a no ser castigado por el mismo hecho con una pena y una sanción administrativa o con dos sanciones administrativas, siendo indiferente que éstas operen en el tiempo de forma simultánea o sucesiva. Desde un punto de vista material, este principio implica evitar que un mismo hecho sea sancionado dos o más veces. Tal es el objetivo principal del *non bis in ídem*. Pero, además, contiene un objetivo de carácter procesal que consiste en evitar la prosecución de dos procedimientos sancionadores simultánea o consecutivamente”. (BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): Derecho Administrativo General. Santiago: Thomson Reuters, p. 288)

**CUADRAGÉSIMO.** Que, desde la perspectiva de su fundamento constitucional, esta Magistratura ha señalado sobre el punto que esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiples se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad. Agrega que dicho fundamento deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como lo reconociere esta Magistratura, (STC Rol N° 2045, c. 4°):

“(…) es una base esencial de todo ordenamiento penal democrático el principio de que **por un mismo hecho delictivo** el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución criminal, conocido como el “**non bis in ídem**”. Esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiples se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad.



*Como se ha dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia”;*

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.** Que, resulta claro el fundamento constitucional de esta prohibición de doble punición al vincularlo a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad que subyacen al desempeño de la actividad sancionatoria por parte de los organismos públicos. En efecto, una respuesta sancionatoria duplicada no logra conformarse a la necesaria vinculación que debe existir entre la conducta reprochada y la sanción impuesta. Del mismo modo, la garantía de un debido proceso a la cual se integra el principio de proporcionalidad configura un sustento irrefutable de la incompatibilidad entre una hipótesis de doble punición y el texto fundamental. A mayor abundamiento la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“El derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material, como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada”*. (STC 1518 c. 28).

En este sentido, no puede sino recordarse que esta Magistratura (STC Rol N° 6528, c. 9°) “[...] ha señalado reiteradamente que uno de los principios básicos de un procedimiento racional y justo lo constituye el *“ne bis in ídem”*, en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble sanción *por los mismos hechos*, y que aunque la Constitución no consagre este principio en términos explícitos, se entiende que forma parte del debido proceso consagrado en el inciso sexto, del numeral 3 del art. 19 constitucional, en que se impone al legislador la obligación de establecer procedimientos racionales y justos”;

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.** Que, en el ámbito del principio en cuestión, resulta ilustrativo lo señalado por el Tribunal Constitucional español, en orden a que *“Dicho principio del non bis in ídem, tal y como la ha venido interpretando este Tribunal (Sentencias 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre, y 23/1986, de 14 de febrero), impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismo hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración”*. (Tribunal Constitucional de España, Sentencias 94/1986 y 180/2004)



Estableciendo, también, dicho Tribunal, que *“en el ámbito constitucional cuya determinación nos incumbe, a la hora de tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado (ne bis in idem) que ostentan los ciudadanos y garantiza el art. 25.1 C.E., la dimensión procesal antes referida no puede ser interpretada en oposición a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración. Hemos de concluir, por lo expuesto, que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo”* (Sentencia 177/1999, Motivo 4).

**CUADRAGÉSIMO TERCERO.** Que, de lo hasta ahora dicho, resulta claro que el aludido principio – *ne bis in idem* - implica la imposibilidad de sancionar dos o más veces la misma conducta, respecto del mismo sujeto y por iguales fundamentos. Se lo podrá tener por infringido, por consiguiente, si concurre la referida triple identidad. Así, la verificación de la doble sanción se funda en la comparación de los tres elementos fundantes de la respuesta punitiva, esto es, identidad de hecho, de sujeto y de fundamento jurídico.

No se puede perder de vista que, como lo ha afirmado nuestra Magistratura, *“Esta triple identidad funciona como salvaguarda de los intereses y derechos del sancionado, el cual puede tener la certeza de que, frente a una determinada infracción, la administración no puede abusar de sus facultades aplicando más de una medida como respuesta punitiva.”* (STC Rol N° 8484 c. 7°).

**CUADRAGÉSIMO CUARTO.** Que, en relación a la triple requerida, y sus elementos, corresponde señalar que, en primer lugar, *“Por exigirse la identidad subjetiva, el non bis in idem permite el castigo a diversos sujetos por su personal y diversa participación en el mismo ilícito. Por eso, por ejemplo, cabe castigar por el mismo ilícito a cada uno de los que ha participado en su realización (coautores, cómplices, etc.)”*. Añadiéndose que *“Comprobar la concurrencia del requisito de la identidad subjetiva no suele plantear demasiados problemas. Los que surgen giran en torno a los castigos impuestos a personas jurídicas y a las personas físicas que actúan por ellas.”* (ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2008): La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador. Madrid: Iustel, p. 42)

En cuanto a la identidad objetiva, de hecho o fáctica, se ha afirmado que *“Desde el criterio finalista, la identidad de hecho ocurre cuando los hechos derivan de una misma declaración de voluntad. Desde el criterio normativo, cuando los hechos pueden ser subsumidos en un mismo tipo. Si con estos criterios resulta que hay más de un hecho, entonces habrá más*



de un castigo. Por ejemplo: cuando un suboficial tiene la voluntad de robar gasolina del cuartel y para ello, además de sustraer los recipientes con dicho combustible, retira un vehículo sin permiso del superior. En estos casos nos encontraremos con el concurso real de infracciones” (BOYER CARRERA, Janeyri (2012): “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non Bis In Idem”. En Revista de Derecho Administrativo (Perú), N° 11, pp. 323-324).

Finalmente, en cuanto a la identidad de fundamento, se ha afirmado que *“comporta dos identidades: identidad de bien jurídico o bien público protegido, e identidad de lesión o ataque. Si nos encontramos ante dos o más ataques por parte del mismo sujeto, éste será susceptible a dos o más castigos. No existe identidad de fundamento cuando distintas normas aparentemente aplicables, protegen distintos bienes jurídicos, como ocurre, por ejemplo, en la venta de un lote de leche adulterada, acto que podría vulnerar las normas de protección al consumidor (derechos del consumidor) como las de salud (derecho a la salud). Por tanto, no se vulnera el non bis in ídem cuando se castiga dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho pero para proteger, en cada ocasión, un bien jurídico distinto. Entonces, el non bis in ídem no proscrib el doble castigo por los mismos hechos, ni que existan dos procesos (como ocurre con la dualidad de procedimiento administrativo – proceso penal) sino que una misma persona sea castigada dos veces por el mismo fundamento. El ídem corresponde a la infracción y el bis la sanción.”* (BOYER CARRERA (2012) p. 324).

**CUADRAGÉSIMO QUINTO.** Que, en relación a esto último, se ha sostenido que el *non bis in ídem* es un principio que *“no prohíbe que una persona pueda ser castigada doblemente (por) unos mismos hechos si la imposición de una y otra sanción responden a distinto fundamento. Así podría decirse que lo proscrito por el principio non bis in ídem no es tanto que alguien sea castigado o perseguido doblemente por idénticos hechos, cuanto por idéntico ilícito, entendido como hechos que lesionan o ponen en peligro determinado interés protegido por la norma sancionadora”* (PÉREZ NIETO, Rafael; BAEZA DÍAZ-PORTALES, Manuel (2008): Principios del Derecho Administrativo Sancionador: Volumen I. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 152). Así, se ha agregado, *“El principio non bis in ídem no prohíbe realmente que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que sea castigado dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento”* (CANO CAMPOS, Tomás (2001): “Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”. En Revista de Administración Pública (N° 156), p. 195”).

#### EL PRINCIPIO DE “NON BIS IN ÍDEM” Y EL CASO CONCRETO

**CUADRAGÉSIMO SEXTO.** Que, desarrollado el alcance del principio en cuya infracción se sustenta el requerimiento de inaplicabilidad, corresponde analizar ahora si, en la especie, se produce o no la vulneración constitucional alegada.



**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.** Que, en el caso de autos, no parece haber controversia en torno al hecho de que la pena impuesta por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, como la expulsión administrativa, tienen por destinatario al requirente. Pues, como se advertía, las complejidades a propósito de la identidad subjetiva surgen fundamentalmente en aquellos casos en que se sanciona a una persona jurídica y a quienes actúan por ella, cuyo no es el caso.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO.** Que, en cuanto a la identidad objetiva o fáctica, corresponde señalar que en la Resolución Exenta N° 97646, de 03.11.2022 - en que se dispuso la expulsión administrativa - en los considerandos 2 y 3, se señalan los mismos hechos que fueron objeto de la sentencia penal que lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas. En concreto:

“2.-Que, consta en sentencia definitiva de fecha 23 de marzo de 2022, del 6° Juzgado de Garantía de Santiago, que el extranjero en mención fue condenado en causa RUC N° 2100303518-K, RIT N° 1484-2021, a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de 10 unidades tributarias mensuales y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tráfico ilícito de droga.

3. Que, consta en la sentencia precitada 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 y en cajas de cartón etiquetadas como “utensilios de cocina”, cumpliendo el extranjero roles de bodeguero y transportista”.

Es en atención a esos hechos, los que también fueron considerados en sede penal, que se dispone la expulsión del requirente. Así, los hechos acreditados en el juicio penal y sancionados en dicho contexto, son nuevamente valorados por la autoridad migratoria, para justificar fácticamente la expulsión, cuestión que en todo caso es natural, atendida la relación que el artículo 32 N° 5 – y por consiguiente el artículo 128 N° 2 – tiene con la condena penal. De modo que existiría, en la especie, la identidad objetiva o de hecho.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO.** Que, analizada tanto la identidad subjetiva y objetiva, ahora corresponde abordar si concurre, en la especie, la identidad de fundamento. La que, como se ha expuesto, resulta medular. Ello, en atención a que, en definitiva, el non bis in ídem no proscribire el doble castigo por los mismos hechos, ni que existan dos procesos – dualidad procedimiento administrativo-proceso penal - sino que una misma persona sea castigada dos veces por el mismo fundamento.

**QUINCUAGÉSIMO.** Que, por una parte, resulta un hecho asentado, que la requirente fue condenada como autor del delito de tráfico ilícito de drogas. En lo que aquí nos interesa, corresponde advertir que dicho tipo penal protege el bien jurídico de la salud pública, como se ha fallado reiteradamente. Así, por ejemplo, la Excma.



Corte Suprema ha sentenciado que con la modificación del año 2005 a la Ley N° 20.000, “el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado” (Corte Suprema, Rol 7482-2016, c. 6°).

La doctrina, en idéntico sentido, aludiendo al tráfico ilícito de estupefacientes, sostiene que la Ley N° 20.000 “señala en sus Arts. 1, 4 y 65 que estos delitos afectan la salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen”, dando cuenta que aquellos han adquirido hoy una relevancia mayor “reflejada tanto en la preocupación demostrada por los Organismos Internacionales y los Poderes del Estado, como en los ingresos en los Tribunales de Justicia, y en las detalladas previsiones de la Ley 20.000” (MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GONZÁLEZ, María Cecilia (2019): Manual de Derecho Penal Chileno: Parte especial. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 469).

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.** Que, por otra parte, y como se ha expuesto previamente, “la expulsión de extranjeros *no es un asunto de naturaleza penal*, sin perjuicio de que, en algunos casos, las consideraciones de orden penal sean determinantes para estimar si la presencia de un extranjero pone o no en peligro los intereses del Estado territorial. Por eso es que, aun cuando una conducta delictiva pueda servir de motivo de expulsión, la necesidad de recurrir a la medida de expulsión será determinada con miras a proteger los intereses públicos del Estado” (NUÑO BALMACEDA (2014). pp. 87-88).

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.** Que, resulta palmario que la expulsión administrativa, si bien considera como antecedente la condena por el delito de tráfico ilícito de drogas - en el cual el bien jurídico protegido es la salud pública - aquella no tiene por fundamento dicho bien jurídico. Así ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO.** Que, en este sentido, cabe señalar en primer lugar que la doctrina ya analizó la problemática planteada bajo la vigencia del Decreto Ley N° 1.094, frente a la expulsión de extranjeros que fueron condenados penalmente en Chile. En dicho Decreto Ley, el artículo 15 N° 2 disponía, en lo pertinente, que “*Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas (...)*”. Como se advierte, dicha norma tiene una raíz común con el art. 32 N° 5 Ley N° 21.325, pues en lo pertinente, ambos apuntan a la condena por delitos de tráfico de drogas.

Al respecto, frente al análisis de recursos de amparo donde el condenado en materia penal recurría respecto de la orden administrativa de expulsión, se advierte que pueden darse por concurrentes dos de los tres elementos del non bis in ídem - hechos y sujeto - pero que no habría identidad de fundamento. Expresándose, al





efecto, que “La identidad de fundamento es precisamente el elemento que podría considerarse como el **impedimento para considerar que en la práctica se estaría infringiendo el principio en análisis** (...) Así el artículo 15 N°2 indica que la sanción administrativa será aplicable sobre quienes “[...] se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, (...)”, advirtiéndose en seguida que tratándose del tráfico de drogas “el bien jurídico protegido es la salud pública”. Luego, se afirma que dicho fundamento “dista del fundamento de las normas que regulan sanciones administrativas o, en otras palabras, con el bien jurídico protegido por el artículo 15 N°2. En otras palabras, aunque este contiene en su redacción estos tipos penales que buscan tutelar distintos bienes jurídicos, **esto no significa que los busque tutelar directamente, sino que son considerados en la norma porque estos delitos presentan tal nivel de gravedad que afectan a un bien jurídico propio que busca ser tutelado a través del artículo 15 N°2, distinto al de los delitos penales específicos**”. A su juicio, y en consonancia con numerosos fallos, sostiene que “el bien jurídico tutelado por esta norma (15 N° 2 D.L N° 1.904) (...) corresponde **al correcto funcionamiento de la Administración**” (ARENAS ARAYA, Catalina (2023): El principio non bis in ídem en expulsiones de personas migrantes: la frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (U. Chile), pp. 63-67).

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO.** Que, los tribunales superiores, conociendo ya de recursos de amparo frente a expulsiones decretadas conforme al D.L N° 1.094, como del recurso de reclamación especial consagrado en la Ley N° 21.325, han adoptado la misma postura.

En este sentido, bajo el imperio de la Ley N° 21.325, y por la vía del mismo reclamo de legalidad ejercido en la especie respecto de un decreto de expulsión fundado en el art. 32 y 128 N° 2 de la Ley N° 21.325, respecto de un extranjero condenado por el delito de tráfico de drogas, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo reciente (Rol N° 315-2023, confirmado por la Excma. Corte Suprema en Rol 175072-2023), sostiene “Que en cuanto a la presunta trasgresión al principio de *non bis in ídem*, aquella no es tal. Ha de tenerse presente que la sanción penal y la sanción administrativa son independientes una respecto de otra desde el punto de vista procesal. Las emiten órganos distintos *y el bien jurídico protegido varía entre uno y otro*. En el caso de la sanción penal que afecta al reclamante el bien jurídico protegido es la *salud pública* en tanto que en la sanción administrativa el bien jurídico protegido *es el correcto funcionamiento de la Administración*, atendiendo en este caso a la entidad y gravedad del delito por el que se condenó al reclamante”.

En análogo sentido, se ha fallado que “(...) es deber del Estado *proteger el bienestar común y el orden social*, en consecuencia, la medida adoptada no afecta el principio de non bis in ídem, puesto que la expulsión tiene un objeto distinto a la sanción penal, considerando que ésta tiene por finalidad *resguardar el bienestar común*.” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3124-2022 (amparo), c. 6°)



**QUINCUAGÉSIMO QUINTO.** Que, por cierto, no ha sido únicamente en nuestro medio que se ha planteado que en aquellos casos en que existe una sanción penal por un delito y luego se adopta la medida de expulsión conllevaría la infracción del principio de *ne bis in ídem*. Claro en este sentido es lo resuelto por el Tribunal Constitucional español, el que, enfrentado a un dilema semejante al planteado en el requerimiento de autos, descartó la concurrencia de una infracción al *non bis in ídem*, precisamente, por no concurrir una identidad de fundamento entre la sanción penal y la expulsión.

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO.** Que, el aludido tribunal, en la Sentencia Rol 236/2007, particularmente su fundamento jurídico 14, da cuenta de que la impugnación se sustenta en que “el precepto impugnado vulneraría la dimensión material o sustantiva del principio (...) por cuanto establece que el mismo sujeto puede ser objeto de una sanción penal y de una sanción administrativa con base en un mismo fundamento, ya que *la única causa de expulsión contemplada en el mismo es la comisión del propio hecho delictivo, que ya fue sancionado penalmente*. Concurriría, pues, el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in ídem*, es decir, una identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

El Tribunal Constitucional español es claro en orden que “Al margen pues de la naturaleza de la expulsión prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000<sup>2</sup>, lo determinante para rechazar la impugnación del precepto *es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo*, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in ídem*. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. *Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes*. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere «que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley)”.

Añadiendo que “En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos

---

<sup>2</sup> El texto de la disposición es el siguiente: «*Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.*»



precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que *el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado*”.

Precisando, en seguida, en términos semejantes a los que hemos apuntados supra, al aludir a la medida de expulsión, que “la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España (...)”.

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.** Que, de lo hasta ahora expuesto, es dable concluir que, en la especie, no se configura, en la aplicación de la sanción penal y la medida o sanción de expulsión, la pretendida triple identidad que torna operativo el *ne bis in idem*. Lo anterior, pues como se ha expuesto, la sanción penal por la cual fue condenado el requirente tiene por fundamento el bien jurídico salud pública. El cual, por cierto, no es el que justifica la adopción de la expulsión administrativa. Es claro que la pena impuesta por el delito corresponde a un asunto de política criminal del Estado. En cambio, la expulsión es propia de la política migratoria del Estado que expulsa, y como se ha dicho (considerandos 17° y 18°), es una consecuencia del derecho del estatal a establecer condiciones y requisitos de ingreso y permanencia para los no nacionales, no resultando posible, asimilarla a la sanción penal, ni en su naturaleza ni en sus fundamentos.

Como se ha expuesto, lo que ha sido doctrinal y jurisprudencialmente reconocido, la identidad de fundamentos no concurre en la especie, de modo que no corresponde sino rechazar la impugnación analizada y así será declarado;

## VI.- NO SE INFRINGE EL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.** Que, en estrados, la requirente sostuvo, en razón de algunas preguntas que le fueron formuladas luego de los alegatos, que la aplicación de las normas impugnadas vulneraría el artículo 1° de la Constitución, específicamente, en cuanto al reconocimiento que la Constitución hace de la familia como núcleo fundamental de la sociedad (inciso 2°), y el deber estatal de dar protección a la familia (inciso 5°). Ello, habida cuenta de los vínculos familiares que tiene y la separación que la medida de expulsión provocará respecto de su familia.



**QUINCUGÉSIMO NOVENO.** Que, a juicio de este Tribunal, el legislador, en la Ley N° 21.325, ha tomado resguardos adecuados, materializando suficientemente el deber estatal de brindar protección de la familia, para este caso, que impiden tenerlo por vulnerado, en los términos que se pasará a explicar.

**SEXAGÉSIMO.** Que, como punto de partida, es menester señalar que una de las tantas críticas que se formuló a nuestra antigua legislación sobre migraciones, decía relación, precisamente, con la inexistencia de un reconocimiento relativo a los derechos de los migrantes, no existiendo en el D.L N° 1.094, un reconocimiento expreso de la protección de la familia, la unidad o reunificación familiar y el interés superior del niño como principios y parámetros relevantes para decidir sobre la expulsión de una persona (DÍAZ TOLOSA, Regina (2020): Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la jurisprudencia chilena. En Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia), vol. 77, núm. 169. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/6479/647968648003/html/>).

**SEXAGÉSIMO PRIMERO.** Que, lo dicho contrasta con la legislación actual, la que se refiere expresamente, por una parte y a modo general, al interés superior del niño (artículo 4) y a la reunificación familiar (artículo 19), precisando que la normativa migratoria se debe ser interpretada conforme a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos (artículo 11) y teniendo en cuenta el principio *pro homine* (artículo 12).

Por otra parte, y directamente relacionado con la expulsión administrativa sobre la que versan los preceptos impugnados, se establecen expresamente criterios vinculados a las relaciones familiares del extranjero respecto del cual se decreta la medida de expulsión.

Así, el N° 5 del artículo 129, contempla como criterio a considerar previo a la adopción de la expulsión –con la operatividad ya explicada– el tener cónyuge, conviviente o padres chilenos radicados en Chile con residencia definitiva. Al respecto se ha afirmado que “Este número 5 está referido a la relevancia de los nexos de familia de los extranjeros (...) En este sentido, por así exigirlo diversas normas de Derecho internacional y de Derecho interno, el Estado debe proteger a la familia” (MONDACA MIRANDA (2022) p. 254).

Luego, en el número 6 del artículo 129, se establece como criterio a ponderar, previo a la adopción de la expulsión, el 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 el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar. Sobre esta norma, se ha afirmado que “es nítido que este sexto criterio es una directa aplicación del muy conocido principio del interés superior del niño, niña o adolescente” (MONDACA MIRANDA (2022) p. 256)



**SEXAGÉSIMO SEGUNDO.** Que, según se apuntó, los criterios dispuestos en el artículo 129, dentro de los cuales se encuentran los previamente señalados, deben ser ponderados – en concordancia con los otros criterios del artículo 129 – primero por la autoridad administrativa y, luego, por el órgano jurisdiccional encargado de conocer de la reclamación especial. A dichos órganos la Ley les encomienda - directa y precisamente- el análisis concreto de la medida adoptada. Es fundamentalmente sobre aquellos factores y su apreciación conjunta, que ha de recaer el razonamiento de la autoridad administrativa y, luego el del Tribunal, en términos de determinar si procede o no la expulsión.

**SEXAGÉSIMO TERCERO.** Que, en este escenario, no se aprecia cómo se podría infringir lo prescrito por el artículo 1° de la Constitución, pues el Estado, en primer lugar, a través del poder legislativo, ha determinado obligatoriamente la consideración de factores vinculados a las relaciones familiares del sujeto cuya expulsión se pretende. Su debida consideración es exigible a la autoridad administrativa, garantizándose luego – esto a través del poder judicial – la posibilidad de que sean nuevamente ponderados mediante una reclamación especial que admite la intervención de los dos Tribunales colegiados de mayor jerarquía del Poder Judicial.

**SEXAGÉSIMO CUARTO.** Que, finalmente, es necesario consignar que no obstante el carácter concreto que tiene el control de constitucionalidad vía la acción de inaplicabilidad, evidentemente ello no nos puede llevar a determinar si en la especie los criterios del artículo 129 – especialmente aquellos contenidos en sus numerales 5 y 6 – fueron debidamente considerados, ello en relación a los otros factores concurrentes y contemplados en tal norma. Aquella labor se encuentra directamente conferida a los órganos jurisdiccionales con competencia para conocer de la reclamación que el requirente dedujo, y que, entre otras consideraciones, apunta precisamente a aquello. No nos corresponde, en nuestro rol jurisdiccional constitucional, sustituirnos en ello a los jueces del fondo;

**SEXAGÉSIMO QUINTO.** Que, por todo los argumentos y fundamentos expresados precedentemente, el requerimiento de autos será desestimado y así será declarado;

**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:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**



- II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

### **DISIDENCIA**

**Los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ estuvieron por acoger el requerimiento en virtud de las consideraciones siguientes:**

1°. Que, concordamos con nuestros colegas de la mayoría en cuanto a que la aplicación del artículo 128 N° 2 de la Ley N° 21.325, en relación con su artículo 32 N° 5, no resulta contrario, en la gestión pendiente, al principio de *non bis in ídem*. Sin embargo, disentimos en cuanto a la vulneración de lo preceptuado en el artículo 1° incisos segundo y quinto de la Constitución, por lo que, por esta razón estuvimos por acoger el requerimiento de inaplicabilidad:

2°. Que, los artículos impugnados autorizan la expulsión del país para los titulares de un permiso de residencia que hayan sido condenados en Chile, entre otros, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, como es el caso del requirente, por cuanto, como consta en el mensaje respectivo, “[e]l proyecto innova en las causales de expulsión, distinguiendo entre las causales de expulsión aplicables a los titulares de un permiso de residencia y aquellas que se aplican a quienes se encuentren transitoriamente en el país, limitando las causales en el primer caso a aquellos casos en que el extranjero infringe gravemente bienes jurídicos, sociales y políticos muy relevantes para nuestro país, por lo que no puede seguir permaneciendo en él” (Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley de migración y extranjería, 20 de mayo de 2013, p. 23, Boletín N° 8.970-06);

3°. Que, ciertamente, en abstracto, la norma que ha sido cuestionada en estos autos aparece razonablemente justificada, con base en la gravedad de los delitos que habilitan su aplicación, y, por ende, su aplicación puede resultar ajustada a la Carta Fundamental en un determinado caso concreto, pues bien sabemos que, en sede de inaplicabilidad, “(...) se trata inequívocamente de un control concreto de constitucionalidad de la ley, que se centra en las características del caso sub lite (...)” (c. 7°, Rol N° 6.222). Adicionalmente y en relación con la consideración de la familia del condenado, la Ley N° 21.325 confiere suficientes resguardos para que sea cabalmente considerada tanto por la autoridad administrativa, al adoptar la medida de expulsión, como por la Judicatura a la que se someta a revisión esa medida;

4°. Que, precisamente, en el caso *sub lite*, el requirente expone que ingresó a nuestro país en 2002, con residencia regular desde el año siguiente y que, en 2007,



obtuvo la permanencia definitiva. Catorce años después fue detenido y formalizado como autor del delito de tráfico de drogas contemplado en el artículo 3° de la Ley N° 20.000, habiendo sido condenado, en procedimiento abreviado, el 23 de marzo de 2022, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, reconociéndosele el beneficio de libertad vigilada, atendido el bajo compromiso delictual que presentaba;

5°. Que, adicionalmente, respecto de sus antecedentes familiares, el requirente vive actualmente en Chile con su pareja, con quien tiene cuatro hijos, el mayor, nacido en 2002, de nacionalidad peruana, y los otros tres, nacidos en 2012, 2017 y 2022, de nacionalidad chilena;

6°. Que, así las cosas y en consideración a las circunstancias del caso concreto, estuvimos por inaplicar, en esta oportunidad, los preceptos legales cuestionados, pues, como señala el voto de minoría redactado del Ministro Jorge Luis Zepeda, en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la gestión que sirve de base a este requerimiento, “(...) *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 (...)*” (c. 5°), lo que lo “(...) *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 (...)*” (c. 7°);

7°. Que, llevados estos razonamientos al nivel constitucional, para examinar si los preceptos legales resultan o no, en su aplicación, contrarios a la Constitución, es menester contrastarlos con la comprensión que esta Magistratura ha tenido de lo preceptuado en el artículo 1° incisos segundo y quinto de la Constitución, en cuanto al deber del Estado de dar protección a la familia que constituye el núcleo fundamental de la sociedad;

8°. Que, en el Rol N° 2.867, sostuvimos que “(...) *dentro de nuestro ordenamiento, existe una consideración especial por la familia y la debida protección que ésta debe tener. Así, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el constituyente reconoció a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1°, inciso segundo). Sin embargo, no sólo le brinda reconocimiento, sino además protección, ya que el artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución establece que dentro de los deberes del Estado figura la protección de la población y de la familia, debiendo además propender al fortalecimiento de esta última. Con ello, el mandato para el legislador es claro: no sólo se reconoce la existencia de la familia como objeto de protección, sino que los esfuerzos deben encauzarse también hacia su fortalecimiento. Por cierto, la protección y fortalecimiento de la familia están directamente relacionados con la integridad de*



*las personas, tanto en su ámbito físico como psíquico, garantía consagrada en el artículo 19, N° 1°, de la Constitución.*

*La protección y fortalecimiento de la familia, como mandato para el legislador, resulta un criterio de absoluta trascendencia en el requerimiento materia de autos. Permite una interpretación contextualizada del principio del interés superior del niño en aquellos casos en que está en juego la separación de menores de su actual núcleo familiar y la sustitución de éste por uno nuevo, con las consecuencias que ellos podría significar en su crianza y desarrollo personal.*

*En cuanto al deber estatal, la protección de la familia alcanza a la función legislativa, ejecutiva y, especialmente, judicial. En estos ámbitos, se debe velar no sólo por la protección actual de la familia, sino por su permanencia hacia el futuro (Vivanco Angela, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad católica de Chile, 2006, pág. 74). Además, al tratarse de una institución fundamental dentro de la sociedad, permanente y no efímera (Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, pags. 173 y 174), su protección debe gozar de las mismas características. Finalmente, cabe añadir que la protección y el fortalecimiento de la familia, como deberes del Estado, son consecuencia de haberla declarado, en el inciso segundo del artículo 1°, núcleo fundamental de la sociedad" (c. 15°);*

*9°. Que, vinculado con lo anterior, en el mismo pronunciamiento referido, en relación con el interés superior del niño, se planteó "[q]ue dicho interés se traduce en que el juez debe considerar que los derechos, garantías, ventajas, utilidades del menor, que sean beneficiosos o convenientes para él, deben prevalecer en caso de conflicto con otras situaciones dignas de protección. Asimismo, significa que dichas variables deben ir en mejora del menor cada vez que deba decidir una situación que le afecte.*

*Como se observa, la expresión "interés" no puede quedar reducida a una ventaja o utilidad, pues comprende también los derechos, garantías o cualquier aspecto o variable que beneficie al menor. Y la superioridad está dada, por una parte, por la prevalencia de todos lo que sea conveniente o beneficioso para el menor; y, por otra, por buscar siempre la mejora progresiva en su situación" (c. 14°);*

*10°. Que, en consecuencia, la aplicación de los artículos 32 N° 5 y 128 N° 2 de la Ley N° 21.325, en este caso concreto, resulta contraria a lo preceptuado en el artículo 1° incisos segundo y quinto de la Constitución, desde que desconoce la consideración especial que en nuestro ordenamiento constitucional existe por la familia y la debida protección que ésta debe tener, lo que es un mandato que deben cumplir todos los órganos del Estado y, superlativamente, la Judicatura, tal y como lo contempla la propia Ley N° 21.325, dado que, en definitiva, es menester considerar tanto la integridad de las personas que la conforman como el interés superior de los niños que la componen, donde la aplicación que se ha dado, por la autoridad administrativa y la Corte en primera instancia, a la preceptiva impugnada provoca la separación del núcleo familiar, desde que el padre deberá salir del territorio nacional;*





11°. Que, la constitucionalidad en abstracto de las normas impugnadas, que requiere considerar el factor familiar, desaparece, en este caso concreto, pues queda desprovista de esa legitimidad y resultan en su aplicación contrarias a la Carta Fundamental;

12°. Que, como hemos señalado, la absoluta trascendencia de los valores constitucionales en juego impide considerar como ajustada a la Carta Fundamental una actuación que, en definitiva, no sólo deja de velar por la protección actual de la familia, sino que tampoco se ocupa de su permanencia hacia el futuro, tomando en cuenta nada más que la condena penal y haciendo caso omiso de los derechos y garantías de los niños que la integran, renunciando a buscar siempre la mejora progresiva en su situación;

13°. Que, finalmente, es preciso considerar -para determinar si la aplicación de los preceptos legales impugnados resulta o no contraria a la Constitución- la potestad legítima conferida por la ley al Estado para expulsar a los extranjeros que incurran en conductas graves, pero también es menester tener en consideración que ese extranjero no se encuentra en condición irregular, sino que el mismo Estado le reconoció la residencia definitiva, sometiéndolo a nuestro ordenamiento jurídico completo, esto es, con los deberes que ello le impone, superlativamente, en cuanto a responder, como lo ha hecho, por los delitos en que incurra, pero también brindándole la protección y cautela que ese mismo ordenamiento confiere a todas las personas, lo que lo incluye a él, pero también a su núcleo familiar, especialmente si está conformado por menores de edad, sean extranjeros o de nacionalidad chilena, conforme al interés superior de los niños, niñas y adolescentes;

14°. Que, conforme a los razonamientos expuestos, estuvimos por acoger la inaplicabilidad intentada a fs. 1.

Redactó la sentencia el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ. La disidencia corresponde al Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 14.658-23 INA**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, señor Cristian Omar Letelier Aguilar y señor Nelson Roberto Pozo Silva.

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



9AEDC315-5C67-43C3-8DB0-CD05A8EECE67

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.