



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LA EXPULSIÓN COMO PENA SUSTITUTIVA EN LA LEY N°18.216:
NATURALEZA JURÍDICA Y ANÁLISIS CRÍTICO DE SU APLICACIÓN**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALEXANDER SALVADOR ARIAS MARTÍNEZ

PROFESOR GUÍA: EDUARDO NICOLÁS SEPÚLVEDA CRERAR

SANTIAGO DE CHILE

2018

DEDICATORIA

A Dios, por el cual vivo y soy, quien ha sido mi sustento en todo momento y circunstancia. A mis padres, Marlén y Justo, pilar fundamental de mi vida, a mi hermana Anais, a mis abuelos Juana y Nelson, y mi familia toda, el aliciente a perseverar.

Glosario

Expulsión administrativa: Aquella expulsión establecida en el D.L. N°1094

Ley N°18.216: Ley que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, promulgada el 20 de abril de 1983, modificada por la ley 20.603 en diciembre de 2013.

L.E.: Ley que establece normas sobre extranjeros en Chile, referida al D.L. N°1094, conocido como “Ley de extranjería”, promulgada el 14 de julio de 1975.

R.E.: Reglamento de extranjería, referido al Decreto Supremo N°597 de 1984, del Ministerio del Interior, promulgado el 14 de junio de 1984.

Índice

Glosario	7
Resumen	11
Introducción	13
Capítulo I: Expulsión en la legislación nacional.....	17
1. Expulsión en el Decreto Ley N°1094.....	17
1.1 Denegación y revocación de otorgamiento de visa, prórrogas de visa, prórrogas de turismo, y permanencia definitiva.....	17
1.2 Otras causales	19
1.3 Recurso de reclamación ante la Corte Suprema	19
1.4 Críticas.....	20
2. Expulsión en la ley N°18.216.....	23
2.1 Historia de la ley.....	23
2.2 Elementos de la expulsión como pena sustitutiva	30
2.2.1 Extranjero sin residencia legal.....	30
2.2.2 Pena inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado mínimo	32
Capítulo II: Naturaleza jurídica de la expulsión	33
1. Fundamento jurídico de la expulsión	33
2. Naturaleza jurídica de la expulsión en el derecho comparado.....	34
3. Naturaleza jurídica de la expulsión de la ley N°18.216.....	37
3.1 Pena	37
3.1.1 Teorías de la retribución.....	37
3.1.2 Teorías de la prevención.....	39
3.1.3 Teorías mixtas	41
3.2 Sustitutivo penal.....	42
3.3 Prohibición de ingreso al país	43
3.4 Sanción administrativa	45
3.5 Figura sui generi	50
Capítulo III: Análisis jurisprudencial en casos de aplicación de la expulsión de la ley N°18.216	51
1. Recurso de Apelación en contra de sentencia que otorga pena sustitutiva libertad vigilada a extranjeros sin residencia legal.	51

2. Recurso de Amparo en contra de Ministerio del Interior y Gendarmería de Chile, por falta de diligencia en la expulsión de extranjero sin residencia legal.	56
Conclusiones generales.....	59
Anexo	61
Bibliografía.....	65
Jurisprudencia	67
Normas legales:.....	68

Resumen

Debido a lo contingente que es la expulsión de migrantes dentro de la agenda política actual, es necesario realizar una mirada crítica a nuestra legislación, y así vislumbrar los desafíos pendientes sobre esta materia.

Este trabajo pretende analizar la expulsión contemplada en la ley N°18.216 sobre penas sustitutivas, partiendo por la historia de la ley N°20.603, que modifica la ley de penas sustitutivas, e integra la expulsión de migrantes sin residencia legal como sustitutivo penal, su relación y alcance con la expulsión administrativa del D.L. N°1094, siguiendo con un estudio sobre su naturaleza jurídica, y finalmente un análisis jurisprudencial sobre la materia.

Abstract

Due to the contingency that is the expulsion of migrants within the current political agenda, it is necessary to take a critical look at our legislation, and thus to glimpse the pending challenges on this matter.

This paper aims to analyze the expulsion contemplated in Law No. 18.216 on alternative sanctions, starting with the history of Law No. 20.603, which modifies the law of alternative sanctions, and integrates the expulsion of migrants without legal residence as a criminal substitute, their relationship and scope with the administrative expulsion of the DL No. 1094, following a study on its legal nature, and finally a jurisprudential analysis on the matter.

Introducción

Históricamente, nuestro país ha distado mucho de ser un gran polo de migración en el mundo, quizás, debido esencialmente a su ubicación dentro del globo, como una nación al extremo sur del planeta; tal vez por eso tras casi siglo y medio de vida republicana no se vio la necesidad de regular la situación migratoria del país, esto sumado a que en nuestra región a pesar de haber vivido fenómenos migratorios mucho más potentes, como es el caso de Brasil y Argentina, tampoco se vio el imperativo de crear una legislación que regulara la migración.

Es recién en el año 1975, en los inicios del régimen militar de Chile, que se crea la primera ley migratoria del país y una de las primeras de Sudamérica¹, sin embargo, el contexto político en que es creada, mira al extranjero como una amenaza, especialmente en el ámbito político, y es así que viene más bien a restringir este fenómeno. De esta forma se dicta el Decreto Ley N°1094, llamado Ley de extranjería, y el DS N°597 de 1984, Reglamento de extranjería. Desde aquella perspectiva, la ley de extranjería contempla diversas sanciones a los extranjeros que no cumplen ciertos estándares, como la amonestación, la multa, y la expulsión, siendo esta última la más gravosa, imponiéndose aun luego de haber cumplido efectivamente una pena privativa de libertad.

¹ PALMA, F., [en línea], 28 de marzo de 2017. Universidad de Chile, Recuperado en: <http://www.uchile.cl/noticias/131664/las-trayectorias-de-la-legislacion-migratoria-en-sudamerica> Consultado el 19 de abril de 2018

De acuerdo a esta normativa, vigente aun en nuestro país, la imposición de la expulsión de extranjeros se realiza en sede administrativa por parte del Ministerio del Interior mediante decreto supremo fundado.

Casi cuarenta años más tarde, con la dictación de la ley N°20.603 en 2012, que modifica la ley N°18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, se contempla la expulsión como un sustitutivo de pena, en aquellos delitos cometidos por extranjeros sin residencia legal en Chile, donde la pena impuesta sea igual o menor a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

La ley N°20.603 trata la expulsión como una “pena” sustitutiva, en este sentido es necesario analizar su naturaleza jurídica, ver en este caso si es igual o diversa a la contemplada en el DL N°1094, y los conflictos dentro del ámbito jurídico que se podrían dar en relación a cada postura.

En otro ámbito, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de la expulsión como medida sustitutiva de pena, es necesario analizar si ésta cumple con los fines de toda medida sustitutiva, y si realmente se genera como una garantía hacia el condenado, y no como una medida aún más gravosa que la pena misma. Por otro lado, al imponerse esta medida exclusivamente a extranjeros sin residencia en el país, se presentan grandes diferencias, es dable así que ante un hecho delictual cometido por un nacional, éste pueda obtener como medida sustitutiva la remisión condicional, mientras que un extranjero por los mismos hechos, deba ser expulsado del país, y con la prohibición de ingresar a éste, lo que en ciertos casos pudiese ser mucho más gravoso, no solo que las otras medidas sustitutivas, sino incluso que la pena misma, generando una evidente discriminación en desmedro del extranjero.

No obstante, para aquellos extranjeros que cometiendo delitos en el país, y no teniendo un arraigo, ni interés en residir, no fueran condenados dentro de éste, sino devueltos a su país de origen, sin cumplir una condena alguna, a todas luces sería un incentivo para cometer delitos dentro del territorio nacional.

De esta forma la evidente dicotomía existente en la aplicación práctica de la medida alternativa, trae dificultades en materia de derecho penal, tanto en el ámbito de garantías del imputado, como de cumplimiento de los fines del derecho, todo esto haría posible un análisis crítico de la norma, en cuanto a su carácter teleológico.

Mediante este trabajo se demostrarán las incongruencias generadas por el legislador, frente a la medida de expulsión, que a veces tendría luces de pena propiamente tal, otras veces como un sustitutivo penal, y en otras ocasiones meramente como una sanción administrativa, sin embargo, es necesario encontrar un punto de coherencia para luego hacer un análisis desde el punto de vista pragmático de la expulsión. Es por eso que este trabajo se esmerará en realizar un análisis a los orígenes de la expulsión en Chile, pasando por la historia de la ley N°20.603 y las diversas discusiones que se dieron en el contexto de su aprobación; la naturaleza jurídica de la medida de expulsión como sustitutivo penal, concluyendo con un estudio jurisprudencial de la medida de expulsión en nuestra legislación, principalmente como sustitutivo penal, para finalmente realizar un análisis crítico de la norma, entregando ciertas recomendaciones para dotar de mayor congruencia y justicia la legislación actual.

Capítulo I: Expulsión en la legislación nacional

1. Expulsión en el Decreto Ley N°1094

Durante la dictadura militar en los años 70, se vislumbró la expulsión tanto de nacionales y extranjeros, como una medida que ayudaría a mitigar la oposición política en el país. La polarización del país era vista como resultado de las influencias ideológicas que ejercían las potencias extranjeras, de esta forma, la migración fue vista más bien con recelo, y la expulsión como herramienta en las manos del Estado buscaba eliminar ciertos efectos adversos.

La ley de extranjería, en adelante “L.E.” y su reglamento, en adelante “R.E.”, establecen la imposición de la medida de expulsión por diversas causas. Analizaremos brevemente cada una de ellas:

1.1 Denegación y revocación de otorgamiento de visa, prórrogas de visa, prórrogas de turismo, y permanencia definitiva.

El artículo 63 de la L.E., establece las causales por las cuales debe rechazarse las solicitudes que presenten los peticionarios, como por ejemplo aquellas personas con prohibición de ingreso de acuerdo al artículo 15, es decir, aquellos que se dediquen al tráfico ilícito de drogas, armas, etc.; los que no tengan como sustentarse en Chile, y que en definitiva constituyan una carga social; los que hayan sido expulsados mediante decreto supremo, entre otros.

Así mismo el artículo 64 establece causales por las cuales se puede rechazar dichas solicitudes, es decir, en este caso se dota de discrecionalidad a la autoridad administrativa para determinar si, cumpliendo ciertas causales², se denegará la solicitud respectiva.

² Entre ellos tenemos los que han sido condenados en Chile por crimen o simple delito, o aquellos residentes sujetos a contrato que por su culpa dieron lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo, entre otros.

El artículo 65 señala las causales por las cuales deben revocarse permisos y autorizaciones a extranjeros, el artículo 66 por su parte, al igual que el artículo 64, dotando de discrecionalidad a la autoridad, menciona las causales por las que pueden revocarse dichos permisos. (ver tabla N°1)

Finalmente el artículo 67 señala que una vez rechazado o revocado alguno de los permisos establecidos en esa ley, se establecerá un plazo prudencial para abandonar el país, y de no hacerlo se debe decretar la expulsión, mediante decreto supremo, poniendo al extranjero a disposición de la Policía de Investigaciones, que es encargada de la ejecución de la sanción, previa notificación personal y por escrito al afectado.

Desde esta perspectiva la expulsión es vista como una medida coherente con aquellos migrantes a los cuales se les ha negado o revocado el permiso a residir en el país, y que por lo tanto no pueden seguir habitando en el territorio de la república, y que luego de habersele otorgado un plazo para salir, no lo han hecho. No obstante, el problema está dado en relación al procedimiento por medio del cual se determina la revocación o denegación de permiso de residencia, que como hemos visto está entregado a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, sin fijar un procedimiento objetivo, ni garantías que permitan al migrante ser oído, presentar pruebas, ni tener una defensa para sustentar su postura frente a la autoridad. Además es cuestionable que una autoridad política tenga en su poder este tipo de decisiones, lo que permite que cada gobierno imponga criterios más o menos restrictivos, lo que quita la objetividad necesaria a este tipo de tarea.

El único proceso judicial en que se puede revisar aquellas expulsiones que puedan resultar arbitrarias, está dado por el recurso de reclamación a cargo de la Corte Suprema de Justicia, establecido en el artículo 84 de la L.E., y por lo tanto no sería aplicable el sistema de recursos establecidos en la Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, debido al principio de especialidad del DL N°1094.

Analizaremos más adelante en detalle este recurso, y el por qué genera ciertas problemáticas dentro del ámbito de la expulsión.

1.2 Otras causales

Por otro lado la L.E así como el R.E., plantean la expulsión como una sanción a aquellos extranjeros no residentes que incumplan ciertas obligaciones o mandatos legales, es así como el artículo 17, señala que podrán ser expulsados del territorio aquellos que hubiesen ingresado al país pesando sobre ellos alguna de las prohibiciones del artículo 15, o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señaladas en los números 1, 2 y 4 del mismo artículo, esto último refiere en general a aquellos que propaguen doctrinas o ideas que promuevan violencia o destruyan el orden social; los que se dediquen al tráfico de drogas o armas; y los que no tengan oficio, o carezcan de recursos suficientes para vivir en Chile.

Así también el reglamento de extranjería, señala como sanción la expulsión para aquellos extranjeros refugiados que realicen actividades contrarias al Gobierno de su país. Así lo dispone el artículo 62 inciso segundo del R.E.:

*“Los asilados políticos o refugiados no podrán realizar actividades que, en forma directa o indirecta, puedan significar una acción contraria al Gobierno de su país. La contravención a este precepto será causal suficiente para revocar la visa y **disponer la expulsión.**”*

Lo mismo sucede en los artículos 149 inciso tercero y 171 inciso primero del R.E., para aquellos extranjeros que infrinjan obligaciones de control, o aquellos que ingresen por lugar habilitado estando vigente la resolución que dio la orden de expulsión.

1.3 Recurso de reclamación ante la Corte Suprema

Tanto la L.E. como el R.E. establecen como medio de impugnación del decreto que ordena la medida de expulsión, el llamado recurso de reclamación ante la Corte

Suprema. El artículo 89 de la L.E. señala un plazo de veinticuatro horas desde que el afectado toma conocimiento del decreto supremo para interponer dicho recurso, así como el plazo de cinco días para que la Corte resuelva. Así mismo señala que durante la tramitación de este recurso el afectado “permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministerio del Interior o el Intendente determinen”³.

Si entendemos un recurso como aquel acto jurídico procesal por medio del cual se impugna una resolución judicial con el fin de eliminar el agravio causado por su dictación, como lo señala el profesor Cristian Maturana⁴, entonces no sería correcto hablar de recurso frente a este medio de impugnación, pues aquí no ha existido una resolución judicial, sino un decreto de orden administrativo, por lo tanto, no ha mediado dentro de este un debido proceso, ni se han respetado las garantías procesales mínimas que se requieren para imponer una sanción de este tipo. Desde esta perspectiva, la reclamación más que un recurso sería el inicio del proceso judicial donde el afectado tiene la posibilidad de enfrentar una defensa, no obstante cargar con el peso probatorio de desestimar una decisión administrativa en su contra, y sin habersele informado hasta el momento de su notificación.

1.4 Críticas

El contexto histórico y político en el que fue creada esta ley, está dado por una fuerte represión a todas las ideologías contrarias al régimen militar que imperaba en los años setenta y ochenta del pasado siglo, donde se consideraba una amenaza toda influencia extranjera que pudiera organizar en el país una revuelta o un atentado contra el orden social y político impuesto.

Es por esto que la L.E., en lugar de proteger los derechos humanos de los migrantes que llegaban a Chile, estableció medidas arbitrarias, que en la actualidad chocan con los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso.

³ Artículo 89 inciso segundo del DL N°1094 “Ley de Extranjería”

⁴ MATURANA, C. 2015, Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y Jurisprudencia. Ed Thomson Router. Santiago. 103 p.

Tanto en la doctrina nacional como internacional, ha sido conflictivo entregar una definición pacífica de “debido proceso”, es por eso que muchos autores se limitan a enumerar cuales son sus elementos. El profesor Juan Colombo lo define como:

“aquél que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la plena eficacia del derecho”⁵.

Así mismo el profesor Cristian Maturana, si bien no entrega una definición, señala cuales son la garantías básicas necesarias de todo debido proceso⁶: El derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente, imparcial, natural y preconstituido por ley; derecho de acción y defensa; derecho a un defensor; derecho a un procedimiento que otorgue posibilidad de un contradictorio, que permita rendir prueba, y que otorgue igualdad de trato dentro de él; el derecho a un proceso que contemple la existencia de una sentencia, y el derecho a impugnarla; entre otros.

Nuestro ordenamiento contempla del debido proceso tanto a nivel constitucional como a nivel de tratados internacionales. Es amplia la doctrina, que ubica al debido proceso no sólo como garantía dentro del proceso penal, sino también dentro del proceso administrativo sancionatorio, así lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”⁷*. Así mismo la Corte Suprema reconoce la necesidad de que estas garantías sean reconocidos aun por órganos que no ejerzan jurisdicción, y señala: *“Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad*

⁵ COLOMBO, J. 2006. El debido proceso constitucional. 1ª edición. Santiago de Chile, LOM ediciones. 14p. (Serie de Cuadernos del Tribunal Constitucional / Tribunal Constitucional (Chile); no. 32 (año 2006)). Podemos ver que la definición que entrega este autor corresponde al concepto que ha sido entregado por el Tribunal Constitucional en diversos fallos.

⁶ MATURANA, C. 2012. Disposiciones comunes a todo procedimiento. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 17-26p.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

*administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso*⁸.

Si bien se analizará en el próximo capítulo la naturaleza jurídica de la expulsión dispuesta en la L.E. como en la ley N°18.216, esta debe respetar en su procedimiento los principios del debido proceso.

Realizando un análisis del procedimiento de expulsión administrativa a la luz de los principios y garantías del debido proceso encontramos las siguientes falencias:

- 1) No se contempla un procedimiento donde el afectado sea informado oportunamente, sino sólo cuando se le notifique su expulsión.
- 2) No se establece un procedimiento en el cuál exista la posibilidad de una defensa, antes de la dictación del decreto de expulsión.
- 3) Si bien el recurso de reclamación podría ser la oportunidad de presentar un contradictorio, no se otorgan los medios procesales adecuados para la preparación de una adecuada defensa, como la asistencia de un abogado, o un traductor por diferencias de idioma.
- 4) No existe el derecho de un término probatorio, donde sustentar su defensa.
- 5) El recurso de reclamación es limitado, sólo para aquellos casos en que la expulsión sea decretada por el Ministerio del Interior mediante decreto supremo fundado, y no procede en caso de aquellas expulsiones decretadas por los Intendentes, mediante resoluciones exentas (lo que constituye el mayor número de casos).

⁸ Considerando 7°, causa ROL 10.916-2014, Reclamación de expulsión, interpuesta ante la Corte Suprema, con fecha 16 de mayo del 2014.

- 6) El plazo entregado para ejercer el recurso de reclamación es de 24 horas desde la notificación del decreto de expulsión, lo que limita gravemente el ejercicio del derecho a defensa, que en la práctica se torna casi imposible.
- 7) El único lugar para interponer el recurso es la Corte Suprema, ubicada en la ciudad de Santiago, siendo complejo el caso de personas que se encuentren en otros lugares del país.

Es interesante además estudiar, la situación de expulsión que se da para aquellos extranjeros no residentes que hayan cometido delitos dentro del territorio de la república, donde una vez que éstos hayan cumplido su condena, podrá decretarse su expulsión. Este escenario causa conflicto en cuanto existiría una doble sanción para el mismo hecho infringiendo el principio de *non bis in ídem*, pues el hecho delictual se sancionaría penalmente y luego administrativamente. Esta contradicción se acentúa más aun considerando que la expulsión en nuestro ordenamiento ahora es parte del catálogo de penas sustitutivas, siendo una sanción propia del derecho penal, asunto que se desarrollará con más detalle en el capítulo siguiente.

Una última crítica es que, al igual de lo que sucede con la ley N°18.216, se otorga bastante discrecionalidad y poder a órganos del Estado, que tienen una carga política acentuada. En este sentido tanto el intendente como el ministro del interior, son funcionarios designados por el presidente de la república, de tal forma que la política de migración, y en especial la sanción expulsión de migrantes dependerá en buena manera de la orientación política que tenga el gobierno de turno.

2. Expulsión en la ley N°18.216

2.1 Historia de la ley

El año 2008 ingresó al congreso el proyecto de ley que vino a modificar la ley N°18.216, estableciendo nuevas penas sustitutivas y perfeccionando ciertos aspectos de su aplicación. Cabe destacar que originalmente no se menciona si quiera la expulsión dentro de las nuevas penas sustitutivas a incorporar, ni tampoco

se hace una distinción especial respecto de extranjeros y nacionales para la aplicación de éstas penas. Es recién en el año 2010, por medio de una indicación enviada por el entonces presidente Sebastián Piñera, que se contempla por primera vez en este proyecto la expulsión de extranjeros, y que luego de un extenso debate es incorporada plenamente en la enumeración que hace la ley, de penas sustitutivas.

Dentro de la discusión del proyecto de ley, que contempla informes de la Comisión Hacienda y Constitución de la cámara de Diputados, así como indicaciones del ejecutivo, oficios de la Corte Suprema y la discusión en sala de ambas cámaras, se manifiestan los diversos matices y fines que debiera tener la expulsión dentro de esta ley.

Durante las primeras discusiones se analiza la conveniencia de incorporar la expulsión dentro de la ley, existiendo varias voces contrarias, dentro de ellas el profesor Ignacio Castillo Val, quien señala:

“El dolor que se inflige a una persona que es colocada en la frontera por el hecho de ser extranjero y haber cometido un delito, parece ser demasiado fuerte y carece de sentido político criminal, toda vez que la expulsión se aplicará tanto al extranjero que se encuentra en Chile como al burrero que transporta droga y para este último constituirá un verdadero premio. En efecto, si un sujeto ingresa al país con drogas y sabe de antemano que el peor castigo que podrá imponérsele consiste en permanecer un par de meses en prisión preventiva para luego ser expulsado, no habrá ningún aliciente para disminuir el tráfico de estas sustancias, sino más bien podría generarse un incentivo perverso en el sentido de que extranjeros ingresen al país para delinquir, anulándose, entonces, los fines de la pena. En este sentido el Tribunal Supremo español ha señalado que en aquellos delitos que afectan intereses colectivos, como por ejemplo, la trata de personas y el tráfico de

estupefacientes, no debería proceder la expulsión por carecer de efectos prácticos.”⁹.

Vemos en este sentido, que la aplicación de esta medida, trae consigo un efecto dispar respecto a los extranjeros que ingresan al país con el objeto de delinquir, y aquellos que sin ser residentes, viven en el país. Según Información del OS-7 de carabineros¹⁰, cada 70 horas es detectado un “burrero” extranjero en la frontera norte del país. Para ellos la aplicación de la expulsión como pena sustitutiva constituiría una situación ventajosa, de tal manera que incentivaría a realizar este tipo de prácticas. Por otro lado aquellos extranjeros que vienen al país con ánimo de residir y regularizar su situación, y que en el intertanto cometen delitos, al ser expulsados en lugar de aplicarles otras penas sustitutivas, genera un gravamen discriminatorio en comparación con un nacional que haya cometido el mismo delito, pues el ciudadano chileno podrá optar, por ejemplo, a la remisión condicional, libertad vigilada, o prestación de servicios a la comunidad, según sea el caso, mientras que el extranjero no residente será eventualmente expulsado del país con la prohibición de ingresar a este por diez años.

Así mismo dentro de la discusión de esta ley el profesor Raúl Tavolari Oliveros señala lo siguiente:

“En una primera lectura, la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de la libertad del extranjero por su expulsión del territorio nacional, se configura como un estímulo a la delincuencia, lo que implica un riesgo. No obstante, en una segunda apreciación, es preciso reparar en que la medida afectará al extranjero que no tiene vinculación con nuestro país, pues no tiene familia ni trabajo y se encuentra en Chile sólo para delinquir”

⁹ Informe de Comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Cámara de Diputados. Fecha 10 de abril, 2012. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 13, Legislatura 360. BOLETÍN N°5838-07-2.

¹⁰ Economía y Negocios [en línea], Santiago de Chile, 6 de octubre de 2017. Publicado el 06 de octubre de 2017. Recuperado en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=404458>. Consultado el 12 de agosto de 2018.

Es necesario señalar que el proyecto de ley en una de sus modificaciones contempló una diferencia para aquellos extranjeros no residentes que tuvieran un arraigo en el país, teniendo en cuenta esta situación, así se establecía en el artículo 35:

*“Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez podrá sustituir el cumplimiento de la pena privativa de la libertad por su expulsión del territorio nacional, **salvo que el condenado acredite tener arraigo familiar o social, o que desarrolle permanentemente un trabajo remunerado**, pudiendo solicitarse informe a Gendarmería de Chile, para efectos de la sustitución de la pena privativa de la libertad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y siguientes”* (negritas añadidas).

Este artículo fue modificado por el ejecutivo, y se mantuvo de esta forma en la Cámara Alta, no obstante ser defendida en varias ocasiones tanto por diputados de la Comisión de Constitución, como por asesores, incluso el ministro de justicia de ese entonces, quien señaló:

“Por ejemplo, en España, que enfrenta un intenso fenómeno migratorio; pero tuvimos la precaución de considerar que en España los cuestionamientos a esta norma radican, fundamentalmente, en que, a veces, se ha expulsado a extranjeros con algún arraigo. Desde siempre incluimos en el proyecto la improcedencia de expulsar a un extranjero condenado en Chile si demuestra que ya tiene una situación de arraigo social en el país. Vale decir, buscamos superar el cuestionamiento a estas normas en otros países, donde no existe un resguardo como el que incorporamos. Si un extranjero tiene domicilio, trabajo -o lo tenía- o demuestra una situación de arraigo social, creemos que su expulsión no corresponde. En cambio, si esas condiciones no están presentes, son muy bajas las posibilidades de rehabilitarlo e reinsertarlo en nuestra sociedad y lo más razonable, en ese caso, es contar con este dispositivo de administración de la población penal.”

No quedan claro los razonamientos que llevaron a eliminar este acápite, sin embargo, queda claro que sin él se acentúa aún más el gravamen que genera la aplicación de la norma, en discriminación directa a aquellos extranjeros sin residencia en Chile, que solo por un tema de nacionalidad, y al cometer delitos de baja pena (menores a cinco años), se le impondría una medida tan gravosa al cabo de tener que dejar familia, trabajo, y el arraigo que generaron en nuestro país, prohibiéndole además el ingreso por diez años a territorio nacional.

Pareciera de suma importancia realizar una distinción en este sentido, en cuanto aquellos extranjeros que no tienen como fin generar un arraigo en este país, y sólo ingresan con el ánimo de delinquir, de aquellos que al contrario, buscan en nuestro país nuevas oportunidades, y que muchas veces condicionados por las necesidades imperiosas que genera sustentarse y sobrevivir, se ven compelidos a cometer ciertos delitos de poca monta, los cuales ciertamente deben tener una respuesta de nuestro ordenamiento, desde un punto de vista resocializador, y teniendo en consideración las mismas condiciones que se tendría con un nacional.

La ley de extranjería española, la cual ha sido inspiración para la chilena, ha sido fuertemente criticada, justamente en no haber incorporado esta distinción. En Chile, aun habiendo tenido en consideración aquel aspecto, e incluso luego de haberlo integrado en el proyecto, no se logró plasmar en la ley.

Otro punto que incluía el proyecto de ley fue la obligación de cumplir un tercio de la pena, para poder determinar la expulsión de este extranjero, toda vez que se consideró por el legislador, que de expulsar sin más, sin sancionar de forma categórica estos delitos, podría generar un incentivo a delinquir por parte de los extranjeros.

Así, en el mismo informe se señala:

“El Diputado señor Araya criticó el carácter prácticamente automático de la facultad que se concede al juez para sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, por cuanto lo razonable sería exigir un tiempo mínimo de reclusión en los establecimientos penales del país antes de imponerla. Agregó

que el mecanismo propuesto podría considerarse como un incentivo para delinquir puesto que no se recibiría castigo alguno...”

Sin embargo, dentro de la discusión existieron opiniones contrarias, ya que el imponer una pena efectiva, aun siendo de menor duración, quitaría todo sentido a lo que viene haciendo la ley N°18.216, que es dar un carácter resocializador a las penas, por aquellos delitos de penas bajas, atendiendo la alta tasa de encarcelamiento en Chile, una de las más altas de la región¹¹.

La Directora del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana, Ana María Morales señala dentro de esta discusión:

“Finalmente, respecto a la expulsión de extranjeros que no tengan residencia legal o arraigo, establecida por el artículo 35, señaló que la Fundación que representa es partidaria de eliminar la propuesta de la Cámara de Diputados, que establece un plazo de cumplimiento efectivo de un tercio de la pena. Señaló que esta exigencia introducida en el trámite constitucional anterior no se condice con los objetivos del proyecto en cuanto a eliminar la aplicación de penas de corta duración, atendidos sus efectos desocializadores y el alto contacto criminológico al que son expuestos los sentenciados a ellas, pues se expulsa al extranjero después de cumplida una pena corta y de haberse producido el señalado contagio”

Es necesario ante todo contextualizar este punto, de manera que vimos que ya existe una discriminación arbitraria por un tema de nacionalidad y residencia de extranjeros, ahora con este párrafo se pretendía acentuar aún más, ya que a diferencia de lo que exigen las demás penas sustitutivas para su aplicación, esta hubiese requerido el cumplimiento efectivo de un tercio de la pena. Es decir en el caso de aquellos extranjeros no residentes que tienen arraigo en nuestro país, no solo deberían abandonar el país, quebrando todo lazo afectivo, laboral o económico, y la prohibición de ingresar al país por una década, sino se sumaría además el

¹¹ Centro de Políticas Públicas 2017 [en línea], Santiago de Chile, Universidad Católica. Recuperado en: <http://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Art%C3%ADculo-Sistema-carcelario-en-Chile.pdf> Consultado el 23 de mayo de 2018.

cumplimiento efectivo de pena, situación diametralmente distinta a lo que le sucedería a un chileno, cometiendo el mismo delito.

Por último es necesario comentar la inclusión en esta ley de la intervención del Ministerio de del Interior, dentro del proceso donde se determinará por el juez la procedencia de la expulsión como pena sustitutiva. Así el artículo 34 inciso segundo actual señala:

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

En el marco del debate legislativo don José Luis Guzmán Dalbora, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso, señaló:

“no se aprecia el motivo por el que el Ministerio del Interior haya de comparecer a la audiencia en que se resolverá la substitución de la pena privativa de la libertad por la expulsión del extranjero condenado. El Derecho Penal no guarda relación con la política de extranjería del país, y asignarle las funciones respectivas implica desnaturalizar y degradar la independencia y majestad de la jurisdicción. De hecho, el Ministerio de Economía no es llamado a dar su parecer en las causas por delitos económicos, el de Hacienda en los de contrabando, ni el de Salud en los de homicidio o lesiones”

Cabe señalar nuevamente, que la L.E., fue dictada en un contexto político-histórico donde se consideraba al extranjero como un peligro, o al menos una amenaza a la seguridad pública, es debido a eso que nuestra legislación considera que el Ministerio del Interior sea el encargado de ver cuestiones de extranjería, y no el Ministerio de Relaciones Exteriores, o el Ministerio de Justicia, como sucede en otras naciones.

Por otra parte parece reprochable el hecho de que un órgano político intervenga en un proceso judicial, ya sea que su participación no sea vinculante en la decisión del juez, si tiene un gran peso, y lo será generalmente en menoscabo del imputado. Además de ser innecesario, atenta con la objetividad de criterios a considerar dentro de la jurisdicción, ya que la política de extranjería cambiaría según el gobierno de turno, siendo más o menos restrictiva en cada caso, restando regularidad y seguridad jurídica a la institución de la expulsión de migrantes.

2.2 Elementos de la expulsión como pena sustitutiva

2.2.1 Extranjero sin residencia legal

El elemento que fundamenta la distinción entre la aplicación de la expulsión de las demás penas sustitutivas es la condición de “extranjero sin residencia legal”. Este concepto no está definido por la ley de extranjería, ni tampoco en otra ley atingente. El Código Civil en su artículo 59, al definir el domicilio, como atributo de la personalidad, menciona la residencia como uno de sus elementos, así establece:

*“El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.*¹²

Debemos precisar que en su sentido natural, el significado de residencia es la acción de residir¹³, y éste último término se define como “Estar establecido en un lugar”¹⁴; “Dicho de una persona: Asistir personalmente en determinado lugar por razón de su empleo, dignidad o beneficio, ejerciéndolo.”¹⁵.

Así podemos entender entonces la residencia como la permanencia o establecimiento en un lugar, sin el ánimo de permanecer en ese lugar, sino más bien como una estadía temporal. De esta forma aquella permanencia temporal dentro del territorio nacional debe estar autorizada por ley, y es la autoridad competente la que

¹² Artículo 59 del Código Civil

¹³ Real Academia Española. 2014. Residencia. En Diccionario de la lengua española (23.a ed.)

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

otorgará una visación, según corresponda, para permanecer en el país un tiempo determinado. Es necesario remitirnos a la L.E., para saber cuáles extranjeros contarían con residencia legal, y por exclusión cuáles no.

La L.E. en el párrafo 4, clasifica la residencia en diversos tipos:

- a) **Residencia oficial**¹⁶: Aquella otorgada a los miembros de un cuerpo diplomático o consular, a sus familias, y demás funcionarios, por el tiempo que le asignaren su función diplomática.
- b) **Residencia temporal sujeta a contrato**¹⁷: Aquella visación concedida a aquellos extranjeros que están en Chile para dar cumplimiento a un contrato de trabajo, así también a sus familias.
- c) **Residencia de estudiante**¹⁸: Es la visación otorgada a aquellos extranjeros que vengan al país con el objeto de estudiar en un establecimiento educacional del país, o aquellos que ya estando en Chile, acrediten su matrícula en alguna de esas instituciones.
- d) **Residencia temporaria**¹⁹: Es aquella otorgada a los extranjeros que tengan el ánimo de radicarse en el país, ya sea por motivos familiares, o algún otro interés, lo que deberá acreditarse, así mismo podrá concederse esta visación a su familia.
- e) **Residencia por refugio y asilo político**²⁰: Aquella visación concedida a extranjeros que recurran a alguna misión diplomática chilena solicitando asilo, por motivos de resguardo de su seguridad personal y en razón de circunstancias políticas en su país de origen, que lo ameriten.

¹⁶ La residencia oficial está regulada en los artículos 19 a 21 de la L.E.

¹⁷ La residencia temporal sujeta a contrato de trabajo está regulada en los artículos 23 a 26 de la L.E.

¹⁸ La residencia de estudiante está regulada en los artículos 27 y 28 de la L.E.

¹⁹ La residencia temporaria está regulada en los artículos 29 al 33bis de la L.E.

²⁰ La residencia por refugio está regulada en los artículos 34 a 40bis de la L.E.

En este sentido, todos aquellos extranjeros que estuvieren en el país, sin la visación de residencia en nuestro país, o el permiso de permanencia definitiva, entrarían dentro del elemento “extranjero sin residencia legal”, y podrían por tanto ser expulsados a la luz de la ley N°18.216. Esto incluiría a los turistas, que según el artículo 44 de la L.E., no son considerados residentes, sino que son definidos como:

“Considéranse turistas los extranjeros que ingresen al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestión de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas.”²¹

2.2.2 Pena inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado mínimo

A partir de éste requisito es necesario saber si la pena es la asignada de forma abstracta al delito, o bien la pena asignada en concreto ex post, sin consideración a la gravedad del delito o el grado de participación del imputado dentro de éste.

El artículo 34 de la ley N°18.216 utiliza la frase “condenado a una pena”, lo que da a entender que se refiere entonces a la pena aplicada en concreto, ex post, de esa forma se determinó en la causa ROL 442-2013²² del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, donde por un delito de homicidio simple, cuya pena asignada es la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, es decir de cinco años y un día a quince años de presidio, aplicando ciertas atenuantes, se condenó al imputado a dos años de presidio menor en su grado medio, sustituyendo dicha pena por la de expulsión del territorio nacional, debido a que el imputado cumplía con la condición de extranjero sin residencia legal en Chile.

También quedaría excluida la expulsión como pena sustitutiva, en aquellas causas que terminaren por alguna salida alternativa como la suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado, debido a que

²¹ Artículo 44 inciso primero, de la Ley de Extranjería

²² 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia del 2 de febrero de 2014. Causa ROL 442-2013, RUC: 1300524962-1.

en dichos casos no existe una condena, sino justamente lo contrario, procederá si se cumplieren, el sobreseimiento definitivo del imputado.

Capítulo II: Naturaleza jurídica de la expulsión

1. Fundamento jurídico de la expulsión

La expulsión de personas desde un territorio a otro se ha generado en diversos momentos de la historia. En el periodo de la colonización hispana, migraron desde España muchas personas que habían sido condenadas, generalmente a la pena de extrañamiento, una especie de ficción jurídica, donde al nacional se le mira como “extraño”. Es pues este fundamento teórico del extrañamiento, mirar a otro como extraño, o no perteneciente a la sociedad, lo que probablemente da cabida a la expulsión de extranjeros, mirando a estos también como extraños, distintos al grupo social de los nacionales:

“Precisamente cuando se habla de extrañamiento como pena para el delincuente nacional; estamos ante una ficción jurídica que supone que el propio es extraño, para tratarle como a un extraño, como a un extranjero, carente de lazos materiales y subjetivos con la comunidad nacional. En cuanto al extranjero que hubiera cometido un delito, si los delincuentes nacionales podían ser expulsados, cuanto más los extranjeros, sin necesidad de procedimientos o garantías especiales, por rudimentarios que fueran esos juicios”.²³

La expulsión entonces es un medio de exclusión, así lo señala Francisco Bueno: *"la expulsión de las personas indeseables o incompatibles con la comunidad se ha practicado desde los tiempos más remotos y tiene quizá su versión más interesante en la pérdida de la paz practicada en los tiempos medievales, como símbolo de que*

²³ 19. RECIO, Matías. La expulsión de extranjeros en el proceso penal. Editorial Dykinson, Madrid 2016. 59p.

la persona afectada dejaba de recibir la protección dispensada por el grupo y pasaba a tener la misma condición que los extraños (enemigos)¹²⁴.

Le expulsión en Chile, y también en numerosas legislaciones nace como una medida de orden público, que viene a “depurar” nuestra sociedad de todo aquel que se consideraba extraño, e incluso tratándolo con menos derechos que un ciudadano nacional. De esta forma entonces existe una abierta y marcada diferencia entre aquel que reside legalmente en el país, con aquel que no lo hace, es decir, aquella persona que se supone, tiene una raigambre dentro del orden social del país, con aquella que no lo tiene. Esta diferencia hace entonces que en nuestro ordenamiento existan personas de dos tipos, generando una discriminación en contra de aquel extranjero, que no reside legalmente en el país, siendo excluido de una serie de derechos, y viviendo una situación de desmedro frente a un nacional.

La exclusión y discriminación se hace latente en el DL N°1094, con las críticas que ya vimos, así también sucede con la ley N°20.603 que hace una marcada diferencia en las penas sustitutivas que puede recibir un nacional, con las que puede recibir un extranjero, no atendiendo a criterios de peligrosidad de la acción, o gravedad del hecho ilícito, sino haciendo una discriminación en cuanto a si cuenta o no con residencia legal en el país.

2. Naturaleza jurídica de la expulsión en el derecho comparado

Antes de la dictación de la ley N°20.603, la expulsión de extranjeros en Chile sólo se contemplaba como sanción administrativa, no existiendo mayor discusión al respecto dentro de la doctrina nacional a cerca de su naturaleza jurídica, sin embargo, con la inclusión de la expulsión dentro del catálogo de penas sustitutivas, se abre un nuevo foco de discusión, esto es si consideramos la expulsión tanto la de la L.E., como la de la ley N°18.216 propias de una misma naturaleza jurídica (teoría unitaria), o si en

²⁴ BUENO, F. Expulsión de Extranjeros. Comentarios a la Legislación Penal, Tomo VIII, Vol. 2º, El Extranjero y la Legislación Penal Española. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1988, 1041-1042pp.

realidad, son distintas en su naturaleza, con diversos enfoques, características y finalidades (teoría dualista).

Al ser la ley N°20.603, una norma relativamente nueva en nuestro ordenamiento²⁵ es escaso el desarrollo en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión dentro de la doctrina nacional. Distinto es el caso de España, que teniendo al igual que nosotros, una dicotomía en cuanto a la expulsión, primero como medida administrativa, y luego como sustitutivo penal, ha tenido una ardua discusión acerca de su naturaleza jurídica.

El caso español es de gran ayuda, no solo porque nuestra tradición jurídica viene influenciada enormemente por el desarrollo jurídico del viejo continente, y en especial nuestro derecho penal ha tenido una fuerte raigambre española, de modo que nuestro código penal actual, aprobado en 1874, fue inspirado en el Código Penal español de 1848. Así mismo, la ley N°20.603 fue precisamente inspirada en el artículo 89 del Código Penal español de 1995, que dispone en su inciso primero:

“Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español...”

Así se contempla entonces la expulsión judicial como sustitutivo penal, no obstante en el artículo 108 del mismo cuerpo legal, la expulsión también es consagrada como una medida de seguridad. Las medidas de seguridad son consideradas una reacción del derecho penal ante la peligrosidad de una acción delictiva realizada por un sujeto, se manifiestan igual que una pena, es decir con restricción de ciertas libertades, impuestas por un órgano judicial, sin embargo, se diferencian de éstas en su

²⁵ Promulgada el 13 de junio del año 2012

finalidad, ya que por un lado la pena pone su foco en la culpabilidad, y por el otro, la medida de seguridad se enfoca en la peligrosidad.

El artículo 108 inciso primero, del Código Penal español señala:

“Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.”

No obstante estar contemplada en el código penal, como sustitutivo penal y de medida de seguridad, la expulsión también se consagra dentro del ámbito administrativo, en el artículo 53.1 a) de la LO 4/2000, para todos aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular, y lleva aparejada además la prohibición de ingreso al país por hasta 10 años, en el caso de que el sujeto constituyere una grave amenaza para el orden público o la seguridad nacional. En este caso se contempla para la persona afectada, la asistencia letrada gratuita, además al derecho a un intérprete en caso de no conocer el idioma, derecho a tutela judicial efectiva, derecho a comunicarse con las autoridades consulares de su país, y también el derecho a recurrir contra la resolución de expulsión tanto en la vía administrativa, como por medio de la vía judicial.

Como vemos el ejemplo español, se asemeja bastante a la regulación legal chilena, considerando la expulsión propia del derecho administrativo sancionador, así como también del derecho penal, por lo que la discusión a nivel de naturaleza jurídica de la expulsión tiene un desarrollo amplio, lo que nos ayudará a entender entonces cuál es la naturaleza jurídica de la expulsión contemplada en la ley N°18.216, y por lo tanto si ésta es compartida con la de la expulsión administrativa.

Cabe destacar además que al igual que España, las legislaciones de Argentina, Colombia, Suiza y Uruguay contemplan la expulsión de extranjeros como medida administrativa, en los casos que éste haya sido condenado por un delito dentro de su

territorio. Además de Chile, sólo Argentina y España consideran la expulsión como un sustituto penal, mientras que Colombia ha contemplado la expulsión como una pena accesoria, a la pena privativa de libertad, así lo establece el artículo 43 n°9 del Código Penal Colombiano: *“Son penas privativas de otros derechos: 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.”*

3. Naturaleza jurídica de la expulsión de la ley N°18.216

En este apartado analizaremos las diversas posturas que existen sobre la naturaleza jurídica de la expulsión en la ley N°18.216, ya sea como pena propiamente tal, una sanción administrativa o una medida de seguridad. Se ha discutido ampliamente en doctrina sobre la legitimidad de la potestad administrativa sancionatoria en nuestro ordenamiento, y dentro de esto si existe un choque con el derecho penal.

3.1 Pena

En primer lugar, debemos señalar que la ley N°18.216 en su artículo 1, cataloga a todos sus sustitutivos penales como penas, así lo hace con la expulsión, por lo tanto, debiésemos considerar a priori la expulsión de migrantes como una pena, sin embargo, antes debemos analizar si cumple con los requisitos y finalidades propias de toda pena.

Es necesario entonces enfocar este estudio primeramente a las diversas teorías existentes sobre la pena, para analizar luego si la expulsión de migrantes contemplada en la ley N°18.216 cumple con sus postulados, y en definitiva si podríamos considerarla una pena.

3.1.1 Teorías de la retribución

Más que preguntarse cuál es la finalidad de la pena, esta serie de teorías consideran que la pena es un fin en sí misma, entendiendo que la justicia exige una retribución a

aquel que ha cometido un delito, sin analizar las consecuencias de ese castigo, o la finalidad de él, sino entendiéndolo como una retribución necesaria del ordenamiento, para satisfacer con la idea de justicia.

Así la teoría de la retribución jurídica, considera que un delito quebranta la voluntad general imperante, y que sólo negando esa acción entonces se reestablecerá el imperio del derecho. Hegel considera que el delito es la negación misma del derecho, por lo tanto la pena sería la negación de esa negación, de esta forma entonces surgirá nuevamente la voluntad general. Así mismo esta concepción no es un mero castigo aplicado al delincuente, como lo explica el profesor Bascuñán:

“En tanto lesión del derecho en cuanto derecho, el delito tiene una existencia que es en sí misma nula, y la manifestación de esta nulidad tiene lugar con la eliminación del delito mediante la lesión de la voluntad – de su exteriorización en el cuerpo o la propiedad – del delincuente. De este modo el derecho pone en evidencia la invalidez del delito como movimiento aparente o nulo de la voluntad y se autoafirma en su validez como realización de la voluntad. La lesión del delincuente que es la pena, en cuanto “segunda violencia” que elimina la “primera violencia” (el delito), es necesariamente legítima. En ello consiste la justicia objetiva de la pena, que es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito. Precisamente por ser justa, la pena es una existencia de la voluntad del delincuente, es derecho del delincuente. La consideración de la pena como derecho del delincuente significa que su concepto y medida se toman de la misma acción del delincuente, y con ello se honra y se respeta la dignidad del delincuente como un ser racional.”²⁶

De esta forma pretender señalar que la pena, desde la perspectiva de la retribución de Hegel busca simplemente la intimidación o corrección del delincuente como castigo, sería bastante simplista, debido a que niega racionalidad a la acción del delincuente.

Ahora bien, a la luz de las teorías de la retribución, la expulsión como sustitutivo penal, no siempre lesiona la voluntad del delincuente, pues como ya hemos

²⁶ BASCUÑÁN, A., “Delito y pena en la filosofía del derecho de Hegel”, Anuario de filosofía jurídica y social, 1997, 296-297pp.

discutido, en muchas ocasiones es incluso beneficiosa, como en aquellos casos de extranjeros, que, teniendo suficientes recursos y sin tener lazos afectivos o laborales, ingresan al país con el objeto de realizar negocios ilícitos. En tales casos no existe retribución como tal, sino todo lo contrario, sustituye la pena privativa de libertad por un beneficio.

3.1.2 Teorías de la prevención

Al contrario de las teorías retribucionistas, ésta corriente doctrinal considera la pena como un medio, y no un fin en sí misma. Desde un punto de vista utilitarista, la pena es el vehículo para conseguir la prevención de delitos. Dentro de ésta distinguimos la teoría de la prevención general negativa, la prevención general positiva, y la prevención especial.

La prevención general negativa, busca inhibir la conducta delictiva mediante la imposición de la pena, lográndolo en dos niveles, por una parte desde la amenaza y el temor que genera la existencia de una coacción latente, y por otro lado desde la ejecución misma de la pena, como una señal ejemplizadora.

Así también la teoría de la prevención general positiva, busca la prevención de los delitos, sin embargo, existe una diferencia en cuanto al contenido de aquella prevención, pues no busca la intimidación social a través de la pena, sino más bien otorgar una confianza general en el derecho penal, una conciencia social de respeto hacia la norma y el ordenamiento.

“esta teoría describe el funcionamiento de la sanción penal en el cuerpo social; legitimar la pena y del Derecho penal, por cuanto la pena se justifica en la medida en que sea necesaria y útil para mantener la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, en cuanto estabiliza la norma lesionada; y limitar las necesidades preventivo-especiales o preventivo-negativa-intimidatoria.”²⁷

²⁷ DURÁN, M. La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. [en línea] Revista de Derecho, vol.29 no.1 Valdivia 2016. 282p.

Por último, la teoría de la prevención especial, aboga por que la prevención se enfoque más bien en el sujeto al que se le aplica una pena en particular, es decir, de la ejecución misma de la pena emanaría el efecto disuasorio, y a la vez preventivo. Esta teoría al contrario de las anteriores, trata la prevención en un sujeto en particular, y no a la sociedad toda, así mismo la existencia de la pena en abstracto no haría evitar los hechos delictivos, sino su aplicación en concreto.

Habida consideración de lo planteado, vemos según estas teorías que la finalidad de la pena sería la prevención de delitos futuros, ya sea por medio de la disuasión o la confianza general existente de la sociedad en el sistema jurídico y el derecho, por medio de la existencia de una pena.

La expulsión de extranjeros como sustitutivo penal no cumple este fin preventivo general debido a que como señalamos en el caso anterior, existen situaciones donde la expulsión más que un disuasivo, es vista como un beneficio, e incentivaría a ciertos grupos a cometer ciertos delitos en el país sabiendo que podría aplicársele la expulsión, sin ser sancionado con pena aflictiva alguna, sólo siendo devuelto a su país.

Por otro lado tampoco cumpliría con la prevención especial positiva, pues se inhabilitaría completamente a la persona de realizar cualquier tipo de acto antijurídico dentro del territorio de la república de forma presencial, como lo señala el profesor Salinero: *“la expulsión no da cumplimiento a los fines preventivo-especiales que debiese rodear a toda pena. En efecto, la expulsión está distante de hacer efectiva en la persona del delincuente extranjero la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas. Si bien es cierto, que con la expulsión existe de alguna forma, el cumplimiento de una finalidad preventivo especial negativa, dado que se incapacita o inocuiza al sujeto de la posibilidad de cometer algún nuevo delito en España o en un futuro en Chile, de modo alguno, podemos encontrar en esta institución una orientación positiva, por carecer de la posibilidad de integrar socialmente al delincuente extranjero... cortar el acceso de raíz de los integrantes de ese colectivo, sin distinción alguna, a una evaluación de su peligrosidad criminal. Lo criticable no es que no sea posible reinsertar a los extranjeros sin situación administrativa de*

*permanencia regular, sino que, desde un principio se excluye respecto de ellos tal fin de la pena*²⁸

3.1.3 Teorías mixtas

Finalmente cabe mencionar que existen teorías eclécticas, que complementan los fines de la prevención y de la retribución, aduciendo que cada uno de esos fines se da en etapas distintas, o en situaciones diversas, sin embargo, sería complementarias.

Así Roxin, plantea que existen tres etapas dentro de la pena, cada una de ellas cumpliendo una finalidad en específico, de esta forma, tenemos una primera etapa anterior a la comisión del delito llamada conminación legal, donde operaría más bien la finalidad preventiva general, debido a que todo sujeto, al tener conocimiento de la existencia de una pena ligada a un delito específico, se vería desincentivado a la comisión de éste.

Una segunda etapa está dada por la aplicación misma de la pena, por medio de la figura del juez. Esta etapa además de tener una finalidad de prevención general, adopta además un fin retribucionista, sin embargo, la retribución que busca la pena aquí no es vista como un castigo, sino más bien como un estándar que limita la aplicación de una pena ajustada a la culpabilidad del sujeto.

Por último, la tercera etapa es la ejecución de la pena, donde se ve con más claridad el fin de prevención especial de la pena, debido a que es el sujeto que la recibe, quién debiese lograr mediante ésta un desincentivo a seguir delinquiriendo, generando además la resocialización de este.

A la luz de esta teoría tampoco podríamos considerar de la expulsión como una pena, por lo ya señalado con anterioridad, debido a que la expulsión no cumple un fin

²⁸ SALINERO, S. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. [en línea]. Política criminal Vol. 6, N°11, Santiago, 2011.

retribucionista, ni preventivo a nivel general ni especial, por lo que podríamos considerar la expulsión como **la no aplicación de una pena**, siendo una vía de escape que genera el sistema no haciéndose cargo de las acciones delictivas de aquellos extranjeros sin residencia, que cometen delitos dentro del territorio nacional, pues no existe ninguna finalidad resocializadora, es más, mediante la expulsión se excluye al imputado de tales fines, por lo que nada impide que en el país de origen, el extranjero expulsado vuelva a delinquir, no existiendo, mediante la expulsión, ninguna coacción a no realizarlo.

3.2 Sustitutivo penal

Como ya señalamos la ley N°18.216 trata a los sustitutivos penales como penas, sin embargo, gran parte de la doctrina considera que ambos tienen una naturaleza jurídica distinta, y, por lo tanto, cumplen distintos propósitos. Aplicar un sustitutivo penal, tiene el objetivo de no aplicar una pena aflictiva, sino más bien sustituirla por otra figura, que cumpla con una finalidad resocializadora de la persona que delinque.

El artículo 1 de la ley N°18.216 realiza una lista de aquellos sustitutivos penales presentes en nuestra legislación: remisión condicional; reclusión parcial; libertad vigilada; libertad vigilada intensiva; prestación de servicios en beneficio de la comunidad; y expulsión. La aplicación de estas medidas viene a sustituir las penas privativas de libertad, a aquellas personas que no hayan sido reincidentes, cuyas penas sean inferiores a cinco años de prisión, entre otros requisitos.

La aplicación de estas medidas, más que buscar la retribución o la prevención general, propia de las penas, busca generar la resocialización del delincuente ante delitos de poca gravedad, donde no existe reincidencia, por tanto, desde este punto de vista, es visto como un beneficio, que además de evitar una excesiva congestión carcelaria, otorga una nueva oportunidad de reinserción social al delincuente.

Así en particular, la expulsión de extranjeros sin residencia legal en Chile, si bien en ciertas ocasiones constituye un beneficio para el delincuente, al no aplicar la pena correspondiente, no genera la reinserción social que si generan las demás medidas

sustitutivas, debido a que la persona que delinque es desterrada de la sociedad misma, no teniendo oportunidad de reinsertarse en ella. Por otro lado, no se justifica la diferencia que se realiza entre nacionales y extranjeros sin residencia, debido que, cometiendo el mismo delito, se apliquen distintas medidas, es así que la expulsión en vez de buscar fines propios de todo sustitutivo penal, generara una política migratoria segregadora y discriminatoria.

Finalmente, consideramos que una característica inherente de todo sustitutivo penal, es la proporcionalidad a la pena que sustituye, sin embargo, la expulsión trae aparejada la prohibición de ingreso al país, por un tiempo de 10 años, independiente del delito o a la extensión de la pena sustituida, lo que acentúa aún más su diferencia tanto con la pena, como con los demás sustitutos penales.

3.3 Prohibición de ingreso al país

Ante la imposibilidad de encasillar la expulsión dentro de las categorías estudiadas anteriormente, es que el profesor Salinero señala que estamos en presencia de una “no aplicación de pena” o “renuncia a la pena”, excluyendo del sistema jurídico a cierta categoría de personas, así señala:

“A nuestro entender, la expulsión es en general la renuncia al “ius puniendi” o a la posibilidad de ejecutar lo juzgado frente a determinados individuos, es la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito.

Ahora bien, si en el caso chileno vinculamos la expulsión de extranjeros a una política criminal que tiene como principal objetivo desmasificar las cárceles, de manera elocuente podemos decir que se confirma la hipótesis de que constituye una clara renuncia al ius puniendi. La administración penitenciaria o el buen funcionamiento de las cárceles chilenas no puede constituir un valor por si solo que

*esté por sobre el deber del Estado de ejercer el poder social de castigo sobre el infractor de la norma penal.*²⁹

A mayor abundamiento el profesor Izquierdo Escudero plantea que la expulsión no sería una pena, sino más bien el vehículo mediante el cual se materializaría la verdadera pena, que es la prohibición de ingreso al país³⁰.

El considerar la prohibición de ingreso como una pena, es coherente con los fines propios de la pena ya estudiados, debido a que en los casos que la expulsión es vista como un beneficio, o un incentivo a delinquir, sería la prohibición de ingreso, lo que determinaría la verdadera retribución, y cumpliría por lo tanto con la prevención especial como general.

No obstante, existe un elemento que no es consistente con esta hipótesis: “la proporcionalidad”, debido a que la ley N°18.216 establece que la prohibición de ingreso al país es de 10 años, sin consideración al tipo de delito que es aplicada, por lo que el fin retribucionista, como medida de proporcionalidad a la extensión del mal causado, no se aplicaría en este supuesto.

Por otra parte, cuando existe detención, prisión preventiva, o la medida cautelar prevista en el artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, no se realiza el abono de pena dispuesto en el artículo 348 del Código Procesal Penal, al tiempo de prohibición de ingreso al territorio nacional, como si sucede con la pena de cumplimiento efectivo. Este asunto será estudiado junto al análisis jurisprudencial del próximo capítulo.

Es por esto que consideramos que, si bien el planteamiento del profesor Izquierdo, pudiese tener sentido dentro de la legislación española, no sería aplicable a nuestro derecho, debido a las características propias de la expulsión en Chile.

²⁹ Ídem.

³⁰ IZQUIERDO, F. J.: Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril, en La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n° 5, 1997, 1862p.

3.4 Sanción administrativa

Debido a ciertos elementos propios de la expulsión de migrantes dentro de nuestra legislación, podríamos preguntarnos si la naturaleza jurídica de la consagrada en la ley N°18.216 corresponde a una sanción administrativa, más que a una pena propiamente tal.

Los elementos para considerar esta teoría están dados, en primer lugar, porque la consagración de la expulsión de migrantes en nuestro ordenamiento jurídico, como ya analizamos, está regulada en L.E. de 1975, y el R.E., que según veremos, cumple con los elementos de toda sanción administrativa. Ahora bien, es necesario estudiar aquellos elementos, para vislumbrar si tanto la expulsión de la L.E., como la de la ley N°18.216, corresponden a la misma naturaleza jurídica.

Dentro de la doctrina del Derecho Administrativo se distingue entre un concepto estricto y uno amplio de sanción administrativa.

Así el profesor José Bermúdez señala que en términos estrictos una sanción administrativa es: “Aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento Jurídico e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa”³¹. Por otro lado, los profesores Carretero Pérez, y Carretero Sánchez definen la sanción administrativa como *“un mal jurídico que la Administración inflige a un administrado, responsable de una conducta antecedente. Son penas en sentido técnico impuestas por la Administración, utilizando sus prerrogativas, y, por ello, por medio de actos administrativos ejecutivos, de modo que la realización de las sanciones es normal en todos los actos administrativos.”*³².

Es menester tener en consideración cada uno de los elementos de este concepto para ponerlos en contraste con la sanción de expulsión. En primer lugar debemos tener en cuenta si la expulsión es una retribución negativa, o un mal jurídico, como vimos anteriormente, esto dependerá según el caso, pues en ciertas ocasiones podrá

³¹ Ibid., p. 326

³² CARRETERO P., A. y CARRETERO S., A. Derecho Administrativo Sancionador, Editoriales de Derecho Reunidas, 2° Edición, Madrid 1995, 172p.

ser visto como un gravamen al extranjero que ha delinquido, pero en muchos otros casos constituiría un premio, y un incentivo a delinquir dentro del territorio nacional.

Al analizar además la naturaleza de la infracción cometida, debemos preguntarnos si la expulsión de extranjeros, se debe a una infracción administrativa, o más bien corresponde al tipo penal establecido por ley. En este ámbito, podemos señalar que la obligación de regularización de su situación migratoria, es una exigencia legal, que tendrá consecuencias administrativas en conformidad a la L.E., que tiene prevista la expulsión entre sus sanciones. Sin embargo, la expulsión como sustitutivo penal, requiere la existencia una infracción a la ley penal, es decir, la comisión de un delito previamente tipificado, pues acá el reemplazo de la pena por la expulsión, si bien se da por la falta de regularidad en su situación migratoria, viene a aplicarse por la comisión misma del delito, siendo la falta de residencia legal, un mero antecedente. En este ámbito vemos una clara diferencia de forma entre ambos tipos de expulsiones.

Por otra parte, el elemento relacional, de administración- administrado, no se da en la expulsión prevista en la ley N°18.216, debido a que si bien tiene ciertos elementos propios de intervención de órganos administrativos, la sanción es aplicada finalmente por un órgano que ejerce jurisdicción, por lo tanto es aquí donde podemos diferenciar la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en la L.E., con la de la consagrada como sustitutivo penal, ya que en la primera la sanción es impuesta por un órgano de la administración, y en la segunda la sanción es impuesta por un órgano judicial.

Ahora bien una sanción administrativa en términos amplios, como lo señala el profesor Bermúdez, es: *“Todo gravamen o decisión desfavorable impuesta por la Administración a un administrado, por ejemplo, la revocación de un acto favorable, la imposición de medidas de coacción directa, o la adopción de medidas cautelares”*³³. Vemos acá también la exigencia que la sanción sea impuesta desde la administración.

³³ BERMÚDEZ, J. Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho, Número Especial, Valparaíso 1998. 323p

Desde el punto de vista constitucional existe una gran diferencia entre aquellas exigencias propias a las sanciones del derecho penal, y las emanadas de órganos de la administración, en cuanto las primeras, la jurisdicción es entregada exclusivamente a los tribunales establecidos por ley, debiendo cumplir además con un conjunto de principios y derechos, denominado *debido proceso*. No obstante, vimos anteriormente, la aplicación de la expulsión en el ámbito jurisdiccional, vulnera garantías básicas del debido proceso.

Es por esto que cierta doctrina plantea que no existe una diferencia esencial entre la sanción penal, y la administrativa, considerando ambas como penas, siendo el legislador quién las categoriza de una forma u otra, por lo tanto, su diferencia no sería en cuanto a esencia, sino a la forma en que es aplicada. Esta teoría sirve para resolver el problema de que, al no considerar una sanción administrativa como pena, no se debiera cumplir entonces con los estándares constitucionales exigidos para una sanción penal. Así entonces si entendemos que ambos tipos de sanciones comparten una misma naturaleza jurídica, el mandato constitucional aplicaría tanto para el proceso penal, como el administrativo, y así lo ha señalado el mismo Tribunal Constitucional. En relación a esto, el profesor Eduardo Cordero señala: *“Como parte del mismo género, la pena penal y la pena administrativa se someten a un mismo estatuto constitucional, que consagra garantías mínimas tanto sustantivas como procedimentales: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional procedimiento previo. Este es, por lo demás, una de las conclusiones a las cuales llega el Tribunal Constitucional al sostener la tesis del ius puniendi único del Estado y la proyección de los principios del orden penal al ámbito de las sanciones administrativas, aunque con algunos matices. Más aún, expresamente ha señalado que las sanciones administrativas participan de los elementos esenciales de las sanciones penales. Si bien resultaba del todo innecesario recurrir a la tesis española del ius puniendi único para sostener la aplicación de los principios comunes que la Constitución establece en el ámbito punitivo, sí era de la mayor relevancia destacar que no solo los antecedentes y la discusión habida al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución sustenta la idea de un concepto amplio de pena,*

*sino que es el propio Tribunal Constitucional el que en una jurisprudencia reiterada ha respaldado dicha interpretación*³⁴

Así entonces tanto la expulsión en sede administrativa, como la penal quedan al debe en cuanto a la consagración de un debido proceso único y claro, en la imposición y aplicación de la misma.

El profesor Enrique Cury por su parte señala que existe un problema en la distinción del derecho penal y el administrativo, dado que el derecho penal antes de la Ilustración, era propiamente derecho administrativo, y los intereses de la comunidad se fundían con los del órgano administrativo supremo. Con la idea de la separación de poderes es cuando se entiende que la justicia material, y el poder punitivo del Estado deben estar entregado al poder judicial únicamente, mediante un proceso seguido ante los órganos jurisdiccionales, aplicando la ley formal. No obstante la administración se vio ante la necesidad de contar con ciertas facultades sancionadoras, quedando un límite poco claro entre aquellas sanciones penales, y las administrativas.

Señala el profesor Cury, que la diferencia está reducida esencialmente a lo cuantitativo de ambas sanciones, habla así de las sanciones administrativas: "... este género de sanciones sólo es admisible para reaccionar contra infracciones leves o, en todo caso, cuya significación ético social es reducida. Por consiguiente su magnitud, no puede sobrepasar una medida modesta y, en especial, su naturaleza debiera limitarse a la irrupción de esferas de derechos cuya significación es de segundo orden, como patrimoniales."³⁵

Quedaría claro entonces, según este autor, que las sanciones administrativas comparten la misma naturaleza jurídica de las sanciones penales, sin embargo, su diferencia radica en la magnitud de la sanción misma, en cuanto a los derechos que son afectados, entendiendo que una sanción administrativa se debería limitar solo a

³⁴ CORDERO, E. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal", Revista de Derecho, Volumen XXV N°2 Diciembre 2012, 152p.

³⁵ CURY, E. Derecho Penal Parte General. 2ª Edición, Tomo 1 Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, 79p.

ámbitos patrimoniales. Así señala: *“Confiar a la administración como por desgracia ocurre entre nosotros, la facultad de fulminar multas confiscatorias o imponer, incluso, privaciones de libertad prolongadas, debe considerarse un atentado en contra del principio de legalidad, y por ende una violación de las normas constitucionales en que se encuentra consagrado.”*³⁶

Es interesante preguntarnos si es conveniente entonces tener esta dicotomía de expulsión administrativa, regulado en la L.E., y la expulsión como sustitutivo penal, regulado en la ley N°18.216. A la luz de lo que nos señala el profesor Cury, el hecho de expulsar a una persona del territorio nacional, y prohibirle el ingreso al país, pareciera que excede el limbo de la privación de derechos meramente patrimoniales, pues más bien compromete el derecho a la libertad individual, establecido en el artículo 7 de la Constitución Política de la República.

Así entonces entendemos que la expulsión tanto en sede administrativa como penal, tienen la misma naturaleza jurídica, y que las diferencias existentes en cuanto a su aplicación serían meramente formales, debido a que la expulsión jamás debió ser una materia de orden administrativo, toda vez que compromete derechos fundamentales, como ya lo hemos señalado, debiendo darse siempre a través de un debido proceso, en conjunto a todas las garantías que ello conlleva.

Más evidente resulta esta conclusión, al ver que incluso se puede aplicar la expulsión en doble vía, es decir, se puede imponer una pena aflictiva, y de todas formas ser expulsado una vez cumplida ésta³⁷. El profesor Cury agrega: *“No es admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción gubernativa y una pena criminal, pues eso constituye una infracción al principio non bis in ídem. La circunstancia de que algunas leyes y reglamentos acepten expresamente esa posibilidad significa tan solo un error que se debe impugnar enérgicamente, evitando, a toda costa, elevarlo a la categoría de norma general.”*³⁸

³⁶ CORDERO. Óp. Cit. p. 152

³⁶ CURY Óp. Cit 79p.

³⁷ Véase análisis jurisprudencial del capítulo 3, causa RIT 8931-2016.

³⁸ CORDERO, Óp.Cit. 152p.

³⁸ CURY Óp. Cit 80p.

Por lo tanto concluimos que la expulsión como sustitutivo penal, así como la administrativa, a pesar de tener diferencias de forma, comparten una misma naturaleza jurídica, debido a que los efectos jurídicos que produce son los mismos, como es sacar a una persona del país con la prohibición de ingresar a este, limitando derechos fundamentales, toda vez que no sólo afecta el arraigo social y familiar que la persona pudiese tener en el país, sino además se le prohíbe ingresar al territorio nacional por un largo periodo, inclusive privándole de libertad durante el tiempo en que es tramitada la expulsión, lo que en la práctica muchas veces se traduce a meses.

Entendemos que la expulsión administrativa se da en un contexto sociopolítico especial, donde se vulneraban garantías procesales mínimas, y derechos humanos fundamentales, sin embargo, hoy no parece apropiado contemplar este tipo de medidas dentro de las sanciones que corresponden a los órganos administrativos, sino más bien corresponde a órganos jurisdiccionales.

Por lo tanto queda en manifiesto que la expulsión, como figura única, no podría ser en esencia una sanción administrativa, sino más bien tiene una naturaleza sui generi.

3.5 Figura sui generi

Concluyendo el análisis acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión, y al no ajustarse a los parámetros de las figuras ya estudiadas, cabe ultimar que estamos en presencia de una figura jurídica sui generi, propia del derecho moderno, recordemos que la expulsión como figura jurídica es reciente no sólo en nuestra tradición jurídica sino también en el derecho comparado, siendo resultado de la globalización, y de la necesidad de regular los efectos de los flujos migratorios entre diferentes Estados.

Podríamos señalar entonces, que esta figura tiene como objeto excluir a una persona extranjera del territorio de un Estado, y prohibirle su ingreso por un tiempo definido, con el fin de que no vuelva a cometer el mismo hecho dentro de tal territorio, devolviéndola a su país de origen, sin importar si cumple una pena en ese país.

Al tener un efecto directo en desmedro de ciertos derechos y libertades, es que la expulsión debe contar con todas las garantías de un debido proceso, aplicándose mediante criterios objetivos, sin ser objeto de manipulación política por parte del gobierno de turno, y sin generar ciudadanos de primera y segunda categoría, por el sólo hecho de que en unos exista una nacionalidad distinta, con una situación migratoria irregular.

Es importante además que exista una diferencia entre aquellos extranjeros sin residencia legal que cuentan con un arraigo social, económico y familia en Chile, de aquellos que no lo tienen, y que tienen como principal objetivo ingresar al país a cometer hechos delictuales.

Capítulo III: Análisis jurisprudencial en casos de aplicación de la expulsión de la ley N°18.216

Se analizarán en este apartado casos que tratan la expulsión como sustitutivo penal, desde diferentes perspectivas, así realizando una comparación en base al razonamiento jurídico aplicable en cada uno de ellos.

1. Recurso de Apelación en contra de sentencia que otorga pena sustitutiva libertad vigilada a extranjeros sin residencia legal.

La primera resolución que analizaremos es aquella dictada en Recurso de Apelación, en contra de la sentencia dictada por el 8º Juzgado de Garantía de Santiago, en procedimiento abreviado, con fecha 01 de septiembre de 2017, RIT 8931-2016, donde se condena a los imputados H.S.P.G., D.D.J.C.H., D.A.A. MESA Y J.F.C.L, de nacionalidad colombiana, a una pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, entre otras accesorias legales, por el delito reiterado de uso fraudulento de tarjetas de crédito, contemplado en el artículo 5 letras a) y b) de la ley 20.009, en grado de consumado, sustituyendo dicha pena por la de libertad vigilada intensiva,

por un tiempo de 5 años, habiendo cumplido cada uno de los requisitos de los artículos 17 y 17 ter de la ley N°18.216.

La sentencia de primera instancia, fue apelada por la parte querellante Transbank S.A., señalando que los imputados son parte de una banda internacional dedicada a la falsificación y posterior uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, y según datos investigados habrían afectado a cientos de clientes en el sector oriente de Santiago, por lo cual se solicitó en su oportunidad en conjunto con el Ministerio Público la sustitución de la pena, por la de expulsión, toda vez que los imputados cuentan con nacionalidad colombiana, cumpliendo con los requisitos del artículo 34 de la ley N°18.216, para que en definitiva no puedan ingresar al país por un tiempo de diez años contados desde la sustitución de la pena, sin embargo la defensa solicitó la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, oponiéndose en este caso a la expulsión de los imputados.

Ante dichas peticiones el Tribunal ad quo señala lo siguiente: *“En lo que dice relación con la pena sustitutiva, existen dos posibilidades, una como la manifestada por el Ministerio Público en orden a decretar la expulsión de los imputados del territorio nacional; amparado en que estos son extranjeros y no residen en el país. Y la segunda alternativa es la sostenida por la defensa en el sentido de sustituirla por la libertad vigilada intensiva. Pues bien, en el primer caso de cumplimiento, no es un cumplimiento propiamente efectivo, habida consideración de que los imputados no cumplen efectivamente ninguna pena, habida consideración de que en el país de origen, no la van a cumplir. En el segundo caso sí es un cumplimiento de la pena en Chile y bajo la sujeción de la vigilancia de la autoridad y bajo una serie de condiciones establecidas en la propia Ley N°18.216. Ahora, en lo que dice relación a que por el hecho de ser extranjeros no ser residentes, deban entonces necesariamente cumplir la pena en forma de expulsión, debemos señalar que toda persona tiene derecho a emigrar, siendo un derecho humano, el poder salir de su país hacia otro país, debiendo este último abrirle las puertas. A menos que comentan delito. Estas personas cometieron delito, efectivamente, por eso es que se está condenando, no es que se esté eximiendo de responsabilidad penal, se le ha*

condenado a una pena de cinco años. Lo que se está hablando es cómo lo cumplen, no es que estemos hablando de no cumplir ninguna pena. Entonces frente a eso, frente al derecho de residir en el país que estime conveniente, que es un derecho humano y se tiene que acatar. Entonces el tribunal y cumpliéndose los requisitos del Artículo 15 bis y siguientes de la Ley N°18.216, en el sentido de haber acompañado sendos peritajes psicosociales y ofertas de trabajo de los imputados, los cuales señalan que los imputados cumplirían los requisitos de la libertad vigilada intensiva, se va a sustituir la pena principal por la de libertad vigilada intensiva”³⁹

El Ministerio Público por su parte señala, que el agravio está dado en cuanto concurriendo los requisitos del artículo 34 de la ley N°18.216, y tratándose de ciudadanos extranjeros que vinieron al país con el objeto de delinquir, no teniendo arraigo en el país, el tribunal de todas formas haya otorgado un sustitutivo penal distinto, como es el caso de la libertad vigilada intensiva. Además se indica que de todas formas, una vez cumplida la pena sustitutiva de libertad vigilada, el Ministerio del Interior decretará la expulsión de forma administrativa, por lo que de todas formas los imputados serán expulsados del país.

Así el Tribunal de alzada en su considerando quinto señala lo siguiente⁴⁰: *“Que, si analizamos la discusión parlamentaria del porqué de la instauración de esta norma, tenemos que analizar los requisitos de procedencia de dicha pena sustitutiva y su justificación: a) Condenado extranjero que no residiere legalmente en el país: La razón de esta justificación radica en que actualmente, si quien no es residente legal es condenado, una vez que cumple su pena en suelo chileno, debe ser expulsado administrativamente por el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior. Ahora bien, pese a que el extranjero es expulsado del país al término de su condena, de todos modos, gendarmería de Chile tiene la obligación de realizar durante la condena actividades de reinserción social a su respecto, con la consiguiente dificultad de llevar a cabo dichos procesos. Así, en este sentido, cualquier política de*

³⁹ 8º Juzgado de Garantía de Santiago. Sentencia del 01 de septiembre de 2017, en causa RIT 8931-2016, RUC 1600843688-K, página 17.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 05 de octubre de 2017, dictada por la duodécima sala, en causa ROL IC 3346-2017, página 11.

reinserción para un extranjero que no tiene vínculos con la comunidad nacional se ve seriamente obstaculizada, ya sea porque el extranjero no habla castellano o sus redes familiares se encuentran en otro país. Lo mismo para el caso que estuvieren enfermos, en que el Servicio de Salud chileno debe prestarles atención médica y hospitalaria. En el fondo, es difícil establecer procesos de reinserción adecuados para personas que igualmente serán devueltas a sus países de origen al término de la condena.”

Podemos analizar el problema que se genera en esta situación al contemplar en nuestro ordenamiento la expulsión tanto en la vía penal como administrativa, produciendo ambas los mismos efectos. En particular en este caso, el tribunal ad quo quien tiene la facultad de aplicar la expulsión, concurriendo los requisitos del artículo 34 de la ley N°18.216, decide otorgar un sustituto penal distinto, como lo es la libertad vigilada intensiva, considerando que mediante la expulsión no se cumpliría pena alguna, dado a que nada asegura a que sea condenado por estos hechos en el país de origen, en cambio con la libertad vigilada intensiva, se podría asegurar un cumplimiento en Chile, y considerando además que el derecho a residir en un Estado, es un derecho humano, teniendo a la vista además los informes psicosociales y las ofertas de trabajo con las que cuentan los imputados, es que se determina no aplicar la expulsión, que por lo demás es decisión exclusiva del Tribunal, el que no está obligado a aplicarla, aun cumpliéndose los requisitos legales de ésta.

Sin embargo, el Tribunal ad quem decide revocar dicha resolución atendiendo a que, si bien los imputados puede cumplir la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, serían de todas formas expulsados del territorio nacional, en cumplimiento de la L.E., lo que resultaría aun más gravoso para los imputados. Es ahí donde se produce este problema, pues, aunque el juez dentro de su potestad legal considere que no debe concurrir la expulsión, de todas formas, éste debe ser expulsado administrativamente por el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior.

Otro asunto relevante de analizar en ambos fallos, es la consideración especial que tienen respecto al arraigo social de los imputados, para aplicar la expulsión, aun no

siendo éste un requisito legal, ya que cómo estudiamos, fue propuesto en el proyecto de ley, no obstante, no fue finalmente incluido en la ley. Si bien el tribunal ad quo tomó en cuenta dichos antecedentes en relación al artículo 15 de la ley N°18.216, como requisitos de la libertad vigilada, lo usa como base argumentativa al considerar que existe fundamento para tener en cuenta el derecho a residir en el territorio nacional, ya que, al no existir ese arraigo, no tendría la misma relevancia.

Por su parte la Corte de Apelaciones señala en su considerando séptimo: *“A mayor abundamiento, se trata de cuatro ciudadanos extranjeros (colombianos) que se encuentran en situación migratoria irregular en Chile, y no cuentan con arraigo social ni laboral, ya que no tienen familia en el país, y carecen de un trabajo estable.”*

El análisis de criterios sociales, educacionales, laborales, entre otros son exigencias establecidas por la ley N°18.216 para la mayoría de las penas sustitutivas, sin embargo, no es una exigencia legal al juez, para evaluar la procedencia de la expulsión. A propósito de esto, la Corte de Apelaciones, en su considerando quinto señaló lo siguiente: *“En la discusión parlamentaria, respecto a este requisito, se planteó, en un primer momento, -ya que el ejecutivo presentó dentro de su propuesta original- un requisito adicional para proceder a la expulsión, consistente en que el condenado extranjero “carezca de arraigo familiar o social y no desarrolle permanentemente un trabajo remunerado”. La justificación de este requisito radicaba en que la ley no podía presumir en abstracto que por ser un residente ilegal la persona carecía de arraigo en el lugar donde cometía el delito, es decir, nuestro país. Sin embargo, durante la discusión parlamentaria ante el Senado se estimó que por una parte, este requisito podría ser gran complejidad en relación a su justificación probatoria, y que por otra, recordando lo señalado sobre la expulsión que de todas maneras dicta el Ministerio del Interior y de Seguridad Pública para aquellos extranjeros que habiendo sido condenados no tienen el permiso de permanencia definitiva, aun probándose este arraigo no tenía sentido prescindir de esta expulsión, toda vez que igualmente luego del cumplimiento de la pena la persona sería trasladada hasta su país de origen en virtud de una expulsión administrativa.”*

La conclusión a la que llega la Corte, choca en definitiva con el mismo problema, que habíamos planteado en un principio, esto es la existencia de la expulsión administrativa.

2. Recurso de Amparo en contra de Ministerio del Interior y Gendarmería de Chile, por falta de diligencia en la expulsión de extranjero sin residencia legal.

El segundo caso de análisis, es el Recurso de Amparo, presentado por la defensa del imputado en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y Gendarmería de Chile, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, causa RIT 1415-2018 (Amparo), por la vulneración ilegal y arbitraria al derecho de libertad personal establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

El imputado L.A.G.D., de nacionalidad colombiana fue condenado a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo, por delito consumado de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito, y condenado además a las accesorias penales. Habiéndose cumplido los requisitos del artículo 34 de la ley N°18.216, se sustituye la pena privativa de libertad por la de expulsión, otorgando el Tribunal 60 días para el cumplimiento de la expulsión, desde que la sentencia haya quedado firme o ejecutoriada, ordenando en el transcurso la internación del imputado, hasta que se ejecute la expulsión, no obstante computando el plazo de prisión preventiva junto al tiempo de internación provisoria, suman más de 300 días, lo que excedería la pena misma, considerando entonces la defensa, que la internación constituiría una privación ilegal y arbitraria al derecho de libertad personal.

Gendarmería así también señala, que ellos dieron mero cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal, sin tener facultad legal para poder calificar el fundamento o legalidad de la decisión. Así lo señala el considerando segundo de la resolución de la Corte de Apelaciones en comentario: *“Que informando doña Claudia Bendeck Inostroza, Directora Nacional de Gendarmería de Chile, informó que es del caso señalar que se certificó que la sentencia en comentario quedó ejecutoriada con fecha 07 de mayo de*

2018 y habida consideración que la **pena de trescientos días se cumplió el 08 de junio** de la presente anualidad, el Sr. Alcaide del C.D.P. Santiago Sur -lugar de reclusión del amparado- remitió al Sr. Juez del 14° Juzgado de Garantía de Santiago el Oficio Ordinario N°6623, solicitando un pronunciamiento respecto del cumplimiento de la pena efectiva del interno Sr. G.D., resolviendo el tribunal el mismo día que este debe permanecer en internación hasta el efectivo cumplimiento de la expulsión del territorio nacional relevando que el plazo de 60 días se cumple el 06 de julio de 2018”(negritas agregadas).

Así mismo el considerando tercero de la misma resolución agrega: “El artículo 34 de la Ley N°18.216, modificada por la Ley N°20.603, establece como pena sustitutiva la expulsión del territorio nacional, el artículo citado no señala plazo de ejecución de la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio que, este Ministerio del Interior y Seguridad Pública con la finalidad de dar efectivo cumplimiento a las medidas sustitutivas de expulsión del país en un tiempo acotado, que no derive una vulneración de la garantía de la libertad personal y seguridad individual de los extranjeros condenados...”

Efectivamente la ley N°18.216, no establece el plazo en el cuál se debe ejecutar la expulsión, el artículo 34 inciso segundo señala: “...Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma”. Por tanto, es dable que un imputado sufra una privación de libertad mayor a la de la condena misma, y aun se le aplique la expulsión del territorio nacional, lo que al menos parece una desproporción.

Debido a la cantidad de trámites y gestiones necesarias para poder expulsar a un extranjero, es que muchas veces la internación provisoria resulta ser aún más gravosa que la pena misma, siendo que la sustitución de pena, tiene el objetivo precisamente sustituir la pena privativa de libertad, por una medida más beneficiosa en pro de la reinserción social, lo que de esta forma no se cumpliría.

A más abundamiento, el tiempo cumplido en la internación provisoria, así como el de la detención o la prisión preventiva no da ningún tipo de abono al tiempo de prohibición de ingreso al país, que apareja la expulsión, debido a su naturaleza jurídica.

La Corte de Apelaciones determinó en este caso, que no existe una privación al derecho a la libertad personal, debido a que no hay ilegalidad en la internación provisoria, aun cuando la privación de libertad del imputado haya excedido el de la pena misma, toda vez que la ley no establece un plazo máximo para ejecutar la expulsión, por lo cual se desestima el recurso de amparo.

Conclusiones generales

Debido a la ola migratoria que vive nuestro país en estos últimos años, y la escasa regulación migratoria que existe, es importante tener en cuenta la realidad no solo legal, sino también fáctica de aquellos extranjeros que son expulsados de nuestro país.

La existencia de normas legales tan extemporáneas, como la ley de extranjería, ha venido a regular una materia en un contexto histórico muy distinto al día de hoy, en medio de una cosmovisión totalmente fuera de lugar a los parámetros de un Estado de derecho con respeto los derechos humanos, y sus libertades más básicas como la de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, la ley N°20.603, viene a establecer la expulsión de migrantes dentro del ámbito penal, como un sustitutivo penal, sin embargo, cae en ciertos parangones con la expulsión administrativa de la L.E., toda vez que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, interviene dentro de la audiencia, donde el juez determina la procedencia de la medida. Es a tal nivel la confusión entre el ámbito penal y administrativo, que se da con la expulsión, que el artículo 110 del proyecto de ley de migraciones presentado el año 2017, considere dentro de la expulsión administrativa la aplicación de la medida cautelar contenida en el artículo 155 letra c) del Código Procesal Penal, situación que ha sido criticada por la Corte Suprema: *“En el caso del artículo 110 que se objeta, no existe acción penal en curso, no hay procedimiento penal ni imputado de algún delito. De acuerdo al texto propuesto, la medida cautelar personal cuya determinación se entrega al juez de garantía tiene como objetivo “asegurar el cumplimiento de la expulsión”, esto es, de una acción administrativa, ajena a un proceso penal, sin que exista un imputado...En consecuencia resulta inaceptable el artículo 110 por cuanto pretende que un juez en garantía en lo penal, intervenga en una situación totalmente ajena a una indagación sobre la comisión de delito – por ende, fuera de su competencia- y adopte una resolución judicial dirigida a*

*asegurar el cumplimiento de una expulsión decretada por la autoridad administrativa*⁴¹.

Pareciera necesario que la expulsión, sea resguardada enteramente por las garantías que aporta el derecho penal, bajo un procedimiento justo y racional. Es indispensable además reevaluar la conveniencia de la existencia de una expulsión como medida sustitutiva, cuando bajo los mismos supuestos pueden existir penas sustitutivas, mucho más acordes a los principios resocializadores que busca la norma, desechando así toda discriminación arbitraria entre extranjeros y nacionales, aún más cuando ya existe la expulsión administrativa.

Son diversos los proyectos de ley que se han anunciado en materia migratoria, y es menester en aquellos venir a corregir aquellos errores que se han dado en la legislación actual, de manera de tener una normativa armónica, moderna en resguardo de los derechos y libertades básicas de las personas, sin distinción alguna.

⁴¹ Pulso [en línea] 17 de octubre de 2017, Rescatado en: <http://www.pulso.cl/economia-dinero/corte-suprema-critica-instancia-cautelar-expulsar-inmigrantes/> Consultado el 10 de julio de 2018

Anexo

La siguiente tabla sirve de ilustración para diferenciar las causales de “denegación” de solicitudes de visa y “revocación” de las mismas, diferenciando a su vez aquellas normas imperativas (**debe** aplicar), de aquellas discrecionales (**puede** aplicar), en este último caso existe una discrecionalidad administrativa entregada y limitada por la ley.

Tabla N°1	Denegación	Revocación
<p>Deben Revocarse/de negarse</p>	<p>Artículo 63</p> <p>1.- Los que ingresen a Chile, no obstante hallarse comprendidos en alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 15;</p> <p>2.- Los que con motivo de actos realizados o de circunstancias producidas durante su residencia en el país queden comprendidos en los números 1 o 2 del artículo 15;</p> <p>3.- Los que entren al país valiéndose de documentos de ingresos falsificados o adulterados o expedidos a favor de otra persona, y los que incurran en iguales falsedades con respecto a la documentación de extranjería otorgada en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 y de la responsabilidad penal a que haya lugar, y</p> <p>4.- Los que no cumplan con los requisitos que habilitan para obtener</p>	<p>Artículo 65</p> <p>1.- Los otorgados en el extranjero a personas que se encuentren comprendidas en alguna de las prohibiciones indicadas en el artículo 15;</p> <p>2.- Los otorgados en Chile con infracción a lo dispuesto en el artículo 63, y</p> <p>3.- Los de extranjeros que, con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso del que son titulares, realicen actos que queden comprendidos en los números 1 o 2 del artículo 15 o en el N° 3 del artículo 63.</p>

	el beneficio impetrado.	
Pueden	<p>Artículo 64</p> <p>1.- Los condenados en Chile por crimen o simple delito.</p> <p>En el caso de procesados cuya solicitud sea rechazada, podrá ordenarse su permanencia en el país hasta que recaiga sentencia firme o ejecutoriada en la causa respectiva, debiendo disponerse a su respecto, y por el tiempo que sea necesario, alguna de las medidas legales de control;</p> <p>2.- Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas;</p> <p>3.- Los que durante su residencia en el territorio nacional realicen actos que puedan significar molestias para algún país con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o para sus gobernantes;</p> <p>4.- Los que por circunstancias ocurridas con posterioridad a su ingreso a Chile queden comprendidos en los números 4 o 5</p>	<p>Artículo 66</p> <p>1.- Con motivo de actuaciones realizadas o de circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en alguno de los casos previstos en el artículo 64.</p>

	<p>del artículo 15;</p> <p>5.- Los que infrinjan las prohibiciones o no cumplan las obligaciones que les impone este decreto ley y su reglamento;</p> <p>6.- Los que no observen las normas, sobre plazos establecidos en este decreto ley y su reglamento, para impetrar el respectivo beneficio;</p> <p>7.- Los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieron lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo, y</p> <p>8.- Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.</p> <p>Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.</p>	
--	---	--

Bibliografía

1. BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio, “Delito y pena en la filosofía del derecho de Hegel”, Anuario de filosofía jurídica y social, 1997.
2. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, Revista Chilena de Derecho, Número Especial. Valparaíso 1998.
3. BUENO ARÚS, Francisco. Expulsión de Extranjeros. Comentarios a la Legislación Penal, Tomo VIII, Vol 2º, El Extranjero y la Legislación Penal Española. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1988.
4. CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, “Derecho Administrativo Sancionador”, Editoriales de Derecho Reunidas, 2º Edición, Madrid 1995.
5. CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS 2017 [en línea], Santiago de Chile, Universidad Católica. Recuperado en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Art%C3%ADculo-Sistema-carcelario-en-Chile.pdf> Consultado el 23 de mayo de 2018.
6. COLOMBO CAMPBELL, JUAN “El debido proceso constitucional” 1ª edición. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2014.
7. CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal”, Revista de Derecho Volumen XXV N°2, 2012.
8. CURY, Enrique, “Derecho Penal” Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
9. DURÁN MIGLIARDI, Mario, La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función [en línea], Revista de derecho vol.29 no.1. Valdivia, 2016. Recuperado en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v29n1/art13.pdf> Consultado el 10 de junio de 2018.
10. ECONOMÍA Y NEGOCIOS [en línea], Santiago de Chile, 6 de octubre de 2017. Publicado el 06 de octubre de 2017. Recuperado en:

<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=404458> Consultado el 12 de abril de 2018.

11. CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de Comisión de constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Cámara de Diputados. Fecha 10 de abril, 2012. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 13, Legislatura 360. BOLETÍN N°5838-07-2
12. IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril”, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº5, 1997.
13. LOPEZ, Oriella. Actividad formativa equivalente a Tesis “Migrantes, su expulsión y el debido proceso en Chile”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.
14. MATURANA MIQUEL, Cristián, “Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Thomson Router. Santiago, 2015
15. MATURANA MIQUEL, Cristián. “Disposiciones comunes a todo procedimiento” Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.
16. MONJE, Antonia “El extranjero frente al derecho penal”. Bosch Editor, Barcelona, 2008.
17. NAVARRO, Fernando, “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del “enemigo””, Revista de Derecho Penal y Criminología, N°17, 2006.
18. NUÑO, Paula. “De la expulsión de extranjeros. La expulsión de extranjeros ante el derecho internacional vigente”. Ediciones jurídicas de Santiago, 2014.
19. ORTIZ Luis; ARÉVALO, Javier. “Las consecuencias jurídicas del delito”, Editorial Jurídica de Chile, 2014.
20. PALMA, F., [en línea], 28 de marzo de 2017. Universidad de Chile, Recuperado en: <http://www.uchile.cl/noticias/131664/las-trayectorias-de-la-legislacion-migratoria-en-sudamerica> Consultado el 19 de abril de 2018

21. PICAND, Eduardo; BORBARÁN, Marcelo, “El traslado internacional de personas condenadas en Chile”. Legal Publishing, Santiago, 2014.
22. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno. Parte General Edición 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
23. PULSO [en línea] 17 de octubre de 2017, Rescatado en: <http://www.pulso.cl/economia-dinero/corte-suprema-critica-instancia-cautelar-expulsar-inmigrantes> Consultado el 10 de julio de 2018
24. RECIO, Matías. La expulsión de extranjeros en el proceso penal. Editorial Dykinson, Madrid 2016.
25. SALINERO, Sebastián. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile [en línea]. Política criminal Vol. 6, N°11, Santiago, 2011. Rescatado en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000100004 Consultado el 21 de marzo de 2018.
26. SALVADOR, Rosa. “La expulsión del extranjero como castigo penal”. Revista internacional de estudios migratorios, Vol. 2, 2012

Jurisprudencia

1. Corte Suprema. Causa ROL 10.916-2014, Reclamación de expulsión, 2014.
2. Corte Suprema. Causa ROL 8726-15. Recurso de Apelación, 2015.
3. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Causa ROL 280-2014, Recurso de Nulidad, 2014.
4. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Causa ROL 354-2014, Recurso de Apelación, 2014.
5. Corte de Apelaciones de Iquique. Causa ROL 57-2014, Recurso de Apelación, 2014.
6. Corte de Apelaciones de Iquique. Causa ROL 118-2013, Recurso de Amparo, 2014.

7. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa ROL 295-2013, Recurso de Amparo, 2013.
8. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa ROL 3346-2017, 2017.
9. 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Causa ROL 442-2013, 2014
10. 8° Juzgado de Garantía de Santiago. Causa RIT 8931-2016, 2017.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Normas legales:

1. DL N°1094, de 1975
2. Ley N°20.603, de 2012.
3. Ley N°18.216
4. Código Procesal Penal
5. Código Penal
6. Código Civil
7. Proyecto de ley “Establece nueva ley de migraciones”, boletín: 11395-06, ingresado el 23 de agosto de 2017 a la Cámara de Diputados.

