Oficio N° 71 -2016

INFORME PROYECTO DE LEY 18-2016

Antecedente: **Boletín N° 10.657-07**.

Santiago, 6 de junio de 2016.

Mediante oficio N° 12.532, recibido el 12 de mayo de 2016, el Presidente en ejercicio de la Cámara de Diputados, Sr. Marcos Espinosa Monardes, remitió a la Corte Suprema el indicado proyecto de ley -iniciado por moción- y que corresponde al Boletín N°10.657-07.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 3 de junio del actual, presidida por el suscrito y con la asistencia de los ministros señores Milton Juica Arancibia, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y señores Carlos Aránguiz Zúñiga, Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo, Jorge Dahm Oyarzún y el suplente señor Alfredo Pfeiffer Richter, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE EN EJERCICIO
MARCOS ESPINOSA MONARDES
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO

“Santiago, tres de junio de dos mil dieciséis.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio N° 12.532, recibido el 12 de mayo de 2016, el Presidente en ejercicio de la Cámara de Diputados, Sr. Marcos Espinosa Monardes, remitió a la Corte Suprema el indicado proyecto de ley -iniciado por moción- y que corresponde al Boletín N°10.657-07.

Actualmente se tramitan dos proyectos de ley en la materia, ambos iniciados por moción y que introducen modificaciones a la Ley N° 18.216, que Establece Penas que Indica como Sustitutivas a las penas Privativas o Restrictivas de Libertad, y al Decreto Ley N°1.094[1] , que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, además se ha dado a conocer por diferentes medios oficiales y periodísticos que el Gobierno también se encuentra preparando un proyecto de ley de Migraciones, el que debiera ingresarse prontamente a tramitación parlamentaria[2];

Segundo: Que de acuerdo con la moción, la legítima aspiración de buscar nuevos horizontes debe ir acompañada de adecuadas normas de migración que otorguen certeza jurídica a los extranjeros que vienen al país con el referido propósito, como también el establecimiento de sanciones para quienes opten por el camino delictual en nuestro territorio. Seguidamente, los autores de la moción, valoran positivamente los anuncios que se han hecho desde el Gobierno sobre el envío de un proyecto de ley para la creación de nuevos permisos de trabajo para

---

[1] Boletín 10.426-07, de 9 de diciembre de 2015, que modifica la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, respecto de la sustitución de penas para extranjeros. El objeto de la modificación, según los autores de la moción, es *endurecer las penas, incorporar a sujetos que no se hallan hoy considerados en ella y facilitar los procedimientos de expulsión.*
En consecuencia, los parlamentarios se proponen incluir en el actual artículo 34 de la Ley N°18.216, a los condenados por simple delitos que no residieren legalmente en el país, a quienes se les podrá sustituir la pena por la expulsión de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes. Asimismo, establecen que si la pena fuere de crimen, el juez podrá sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional, atendida la gravedad y las circunstancias del delito, medida que resultará improcedente si la víctima, el querellante o el Ministerio Público se oponen a ella en la audiencia respectiva.
Boletín N°10.455-06, de 16 de diciembre de 2015, que modifica el Decreto Ley N°1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en materia de impedimentos de ingreso al país, introduciendo modificaciones a los artículos 15 y 16 del Decreto Ley de Extranjería. El objetivo de la iniciativa es *evitar que personas extranjeras que hayan cometido delitos de menor gravedad, ingresen a nuestro país, debido a la duda razonable de que cometan mismos ilícitos estando en Chile*. Por otro lado, los parlamentarios pretenden que se homologue los documentos sobre antecedentes penales que presentan personas extranjeras al momento de su ingreso con el certificado de antecedentes emitido por el Registro Civil en Chile, en atención a que los documentos extranjeros *solo hacen mención a que la persona actualmente no es requerida o no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales, ello sin perjuicio de las condenas que la persona en cuestión pudiera tener a su haber, sin hacer diferencia entre las personas que nunca han tenido condena alguna, o quienes siendo condenados se ha decretado a su favor, extinción de la condena o prescripción de la pena.*
Cabe hacer presente que en ninguna de las iniciativas mencionadas se ha solicitado el pronunciamiento de la Corte Suprema.

[2] La modificación a la legislación de Extranjería y Migratoria se encuentra entre las tareas del Programa de Gobierno de la actual Presidenta de la República (p.155), además a su estado de avance se han referido públicamente el Jefe del Departamento de Extranjería y el Ministro del Interior. Ver http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2015/12/04/jefe-de-extranjeria-ley-de-migraciones-sera-un-marco-normativo-para-aplicar-varios-tipos-de-politica-migratoria/ y http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=241905

extranjeros. Sin embargo, advierten que para generar las condiciones que hagan posible la implementación de estas nuevas medidas, es necesario hacerse cargo de la situación de aquellos extranjeros que lamentablemente vienen al país con el fin de cometer ilícitos.

El proyecto propone modificaciones que dicen relación con su idea matriz, esto es, sancionar con la expulsión del país a extranjeros que cometen delitos, con el objeto, por una parte, de diferenciar a los que ingresan al país con buenas intenciones, favoreciendo su inclusión social, el acceso a los derechos y el reconocimiento de sus identidades e historias, de aquellas que solo ingresan al país con el fin de delinquir, procediendo a su expulsión. Además, las medidas propuestas por los parlamentarios buscan desahogar la ya excesiva población penal engrosada por inmigrantes imputados o condenados, haciéndoles retornar a su país de origen;

Tercero: Que el proyecto de ley introduce modificaciones a tres cuerpos normativos distintos: al Código Procesal Penal, en su artículo 238, respecto de las condiciones para decretar la suspensión condicional del procedimiento; a la Ley N°18.216, en su artículo 34, referido a la condena de extranjeros y la sustitución de la pena por su expulsión; y al Decreto Ley N°1.094, en su artículo 66, referido a la revocación de permisos y autorizaciones;

Cuarto: Que se trata en primer lugar las modificaciones propuestas al artículo 34 de la Ley N°18.216, porque la Cámara de Diputados sólo pide el pronunciamiento de la Corte Suprema acerca del nuevo inciso segundo del artículo 34 de la Ley N° 18.216, que los autores de la moción pretenden modificar.

Sin embargo, parece adecuado referirse a las modificaciones que el proyecto realiza a la totalidad de dicho artículo para poder dar mejor sentido al análisis; en especial si se considera que la modificación al inciso primero es la sustancial y tiene que ver con las facultades del tribunal;

Quinto: Que en lo que refiere al inciso primero del citado artículo 34, la propuesta legislativa elimina la facultad que actualmente tiene el tribunal para sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al condenado extranjero que no reside legalmente en Chile, por su expulsión; para lo cual reemplaza los vocablos “el juez podrá” por los términos “el juez sustituirá”, transformando dicha facultad en un imperativo. Debe el tribunal sustituir la pena de privación de libertad por la expulsión del país, si el condenado fuere extranjero, sin que pueda ponderar otros antecedentes relativos a la

conveniencia y mérito de imponer dicha pena, como por ejemplo las circunstancias personales y familiares del condenado, a fin de preferir otra pena sustitutiva de las indicadas en el artículo 1° de la Ley N° 18.216.

En este sentido, cabe mencionar que, según la historia de la Ley N° 20.603, del año 2012, que introdujo la pena sustitutiva de expulsión en la ley sobre penas sustitutivas, dicha facultad no fue objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria, de suerte que la intención del legislador fue siempre entregar al juez la potestad para sustituir la pena al condenado extranjero por su expulsión u otra distinta, según sus antecedentes personales y familiares, con la finalidad de favorecer su reinserción y evitar la reincidencia. La historia fidedigna del artículo 34 que se analiza, revela que lo propuesto fue que el juez de oficio o a petición de parte, podía “sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad por su expulsión del territorio nacional, salvo que el condenado acredite tener arraigo familiar o social, o que desarrolle permanentemente de un trabajo remunerado”. Si bien, esta parte del precepto no prosperó, sí se mantuvo la prerrogativa del juez en los términos antes indicados.

En concordancia con la historia y con los fines de la Ley N° 18.216, en orden a ser un instrumento útil para la reinserción de los condenados y evitar la reincidencia, parece aconsejable mantener dicha facultad en los términos de la ley vigente, pues ello permite que el tribunal pueda considerar otros antecedentes y disponer la expulsión como pena sustitutiva sólo en aquellos casos en que dicha sanción no afecte la vida familiar y de arraigo del ciudadano extranjero ni incida mayormente en su rehabilitación.

Ello también concordante con la jurisprudencia de esta Corte al pronunciarse a propósito de la medida de expulsión administrativa;

Sexto: Que, seguidamente, el actual inciso segundo del artículo 34 de la ley N° 18.216, alude a la audiencia para resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional del ciudadano extranjero, debiendo ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. La iniciativa legal reemplaza este inciso segundo, omitiendo en el nuevo inciso propuesto la referencia a dicha audiencia, pues dispone: “Decretada la expulsión deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública 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”.

Tal omisión es consistente con la propuesta de los legisladores para eliminar, como facultad, la potestad del tribunal para que, de oficio o a petición de parte, pueda sustituir la pena impuesta por la pena de expulsión, transformándola en un deber. Sin embargo, la moción, obvia lo preceptuado en el artículo 343 del Código Procesal Penal referido a la decisión sobre absolución o condena, precepto que en su inciso final establece que:

"(….) No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia";

Séptimo: Que el debate que se abre en la audiencia para la determinación y cumplimiento de la pena es fundamental para que los intervinientes hagan valer aquellos antecedentes y circunstancias que son ajenas al hecho punible y que puedan incidir tanto en la determinación de la pena como en el cumplimiento. En sintonía con ello, el artículo 34 vigente de la Ley N°18.216 dispone que a la audiencia sobre sustitución debe ser citado el Ministerio del Interior, a fin de ser oído sobre la conveniencia de ella.

Así las cosas, en cuanto cumplimiento de la pena y su posible sustitución, según como está redactada la propuesta, pareciera que el juez no abrirá debate alguno o éste carecerá de relevancia, pues la iniciativa impone al tribunal sustituir el cumplimiento de la pena por la expulsión si el condenado es extranjero, lo que, a juicio de esta Corte, atentaría contra el debido proceso y el principio de la igualdad ante la ley, pues los condenados chilenos, podrán hacer valer todas las circunstancias y antecedentes que sean pertinentes, mientras que el ciudadano extranjero que no se encuentre legalmente en Chile, aunque presente antecedentes que demuestren, por ejemplo, el arraigo en nuestro país, no podrán ser considerados por el juez;

Octavo: Que en cuanto al tribunal competente para ordenar la internación del condenado en un establecimiento penitenciario de Gendarmería de Chile y oficiar al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para efectos de que lleve a cabo la ejecución e implementación de la pena de expulsión, el proyecto, al igual que el texto vigente, guarda silencio. Sin

embargo, se estima que el tribunal competente sería aquel que ha dictado la sentencia condenatoria;

Noveno: Que en lo que respecta al inciso tercero del artículo 34, en cuanto a la prohibición de regresar al territorio nacional que pesa sobre el ciudadano extranjero al que se le aplicó la pena sustitutiva de expulsión, mientras el texto vigente dispone, en el inciso tercero del artículo 34 de la Ley N° 18.216, que “no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”, la propuesta dispone: “El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional”.

Como se puede advertir, en este caso la expulsión y prohibición de regresar al territorio nacional se transforma en pena perpetua, lo que limita en demasía la libertad ambulatoria, reconocida en la Constitución Política de la República, y constituye una medida en extremo gravosa y absolutamente desproporcionada al delito cometido, puesto que, de acuerdo al artículo 34, primera parte, de la ley N° 18.216, para que proceda la sustitución el extranjero debe haber sido condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

Además, la pena de expulsión y prohibición de regresar al territorio nacional en forma indefinida, impide, que el condenado pueda instar por poner término a otras consecuencias de la condena, como por ejemplo la “eliminación de antecedentes”. Así, la propuesta podría producir un efecto contrario al pretendido por los legisladores, esto es, que el condenado intente quebrantar la pena, regresando al territorio nacional a través de pasos fronterizos no habilitados, con la finalidad de que la pena sustitutiva le sea revocada, asumiendo el costo de tener que cumplir el saldo, si lo hubiere, de la pena privativa de libertad originalmente impuesta; lo que le permitiría, en definitiva, solicitar la eliminación de los antecedentes penales y reinsertarse a la vida social;

Décimo: Que en cuanto a las modificaciones al artículo 238 del Código Procesal Penal, se pretende adicionar una nueva condición a las que puede decretar el juez de garantía para suspender condicionalmente el procedimiento, si el imputado es extranjero, consistente en abandonar el territorio nacional en un plazo no superior a setenta y dos horas.

Como se sabe, la suspensión condicional del procedimiento constituye una salida alternativa respecto de aquellos delitos cuya pena, en el evento de

dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad, además de otros requisitos, para dar una respuesta efectiva al conflicto penal a través de una vía distinta a un juicio penal, evitando con ello la posible privación de libertad del imputado, bien que se establezca ésta como prisión preventiva o como pena de presidio o reclusión.

La condición propuesta por los diputados puede resultar más gravosa y desproporcionada en relación al injusto cometido y a la pena que se pudiera imponer al imputado extranjero, en el evento de dictarse sentencia condenatoria. Es más, podría sostenerse, incluso, que es equivalente a una pena, pues el artículo 34 de la Ley N° 18.216 prevé como pena sustitutiva, precisamente, la expulsión si el condenado fuere extranjero; por lo que, el proyecto estaría proponiendo, bajo el velo de una condición para suspender el procedimiento, una pena anticipada, vulnerando con ello el derecho a juicio.

Por otra parte, según el artículo 237 inciso séptimo del Código Procesal Penal, el plazo de suspensión no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, período durante el cual el imputado deberá cumplir con las condiciones impuestas por el juez. En consecuencia, si se decreta el abandono del país como condición para suspender el procedimiento, dicha medida no se condice con el propósito de la institución que busca, precisamente, evitar los efectos nocivos y estigmatizantes tanto del proceso penal, como de la eventual prisión preventiva. Si el imputado debe hacer abandono del país, no solo queda imposibilitado de continuar su vida familiar y laboral en el país que eligió para vivir, sino que, además, cumplida la condición, deberá retornar al país y solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, lo que sin duda, es una carga adicional para el imputado por el sólo hecho de ser extranjero.

Por lo tanto, dicha condición -aplicable sólo a los imputados extranjeros-, puede ser atentatoria al principio de igualdad ante la ley, toda vez que la iniciativa establecería un estatuto penal para chilenos y otro distinto para los extranjeros en esta materia. A los primeros, se les puede imponer la condición de residir o no residir en un lugar determinado, entendiendo que dicha residencia se encuentra dentro del territorio nacional, mientras que al extranjero, independientemente de su situación migratoria en Chile, se le puede imponer como condición para decretar la suspensión condicional del procedimiento, el abandono del país;

Por otro lado, se advierte un problema práctico, toda vez que la imposición de la condición de abandono del territorio nacional, hace difícil e incompatible

decretar otras condiciones que pueden ser necesarias al caso concreto, como las contenidas en las letras c), d), f) y h) del artículo 238 del Código Procesal Penal;

Undécimo: Que en relación a las modificaciones al artículo 66 del Decreto Ley N° 1.094, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, la moción pretende agregar un inciso al artículo 66 del Decreto Ley N° 1.094, referido a las revocaciones de los permisos concedidos a los extranjeros para permanecer o residir en nuestro país.

Este artículo actualmente prescribe: “Pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que, 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”, norma que se refiere a las solicitudes de los peticionarios que pueden ser rechazadas por la autoridad administrativa por encontrarse en alguna de las hipótesis allí descritas"[3].

El nuevo propuesto señala: “Con todo, serán revocados de pleno derecho todos los permisos y autorizaciones que confiere esta ley y que hubiesen sido otorgados a extranjeros que fueren condenados en Chile a una pena superior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo”.

En relación con esta modificación, cabe señalar que si bien la condena por delitos graves puede ser un elemento fundante para que la autoridad administrativa decida revocar los permisos y autorizaciones respecto de ciudadanos extranjeros que residen legalmente en Chile, el que la revocación

[3] Artículo 64.- Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:
1.- Los condenados en Chile por crimen o simple delito.
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;
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;
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;
4.- Los que por circunstancias ocurridas con posterioridad a su ingreso a Chile queden comprendidos en los N°s 4 ó 5 del artículo 15;
5.- Los que infrinjan las prohibiciones o no cumplan las obligaciones que les impone este decreto ley y su reglamento;
6.- Los que no observen las normas, sobre plazos establecidos en este decreto ley y su reglamento, para impetrar el respectivo beneficio;
7.- Los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieren lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo, y
8.- Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.
Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.

opere de pleno derecho impide ponderar las circunstancias que rodean la comisión del delito, especialmente la época de su comisión, criterios de proporcionalidad relativos a la naturaleza y gravedad de la infracción, la historia delictiva, los antecedentes personales y familiares del condenado, el tiempo de permanencia en el país de acogida, entre otros antecedentes; lo que podría ser atentatorio a los principios y convenios internacionales sobre migración.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expresados** el proyecto de ley que modifica diversas disposiciones legales para disponer la expulsión del país de los extranjeros condenados en Chile por determinados delitos.

Se previene que el Presidente señor Dolmestch y los ministros señores Juica, Künsemüller y Brito fueron de opinión de informar derechamente de manera desfavorable el proyecto de ley materia de estos antecedentes.

Ofíciese.

PL 18-2016".

Saluda atentamente a V.S.

Hugo Dolmestch Urra
Presidente

Jorge Sáez Martin
Secretario