

Distintos fallos de los tribunales superiores pueden orientar la compleja actividad de defensa

# DEFENSA PENAL DE MIGRANTES: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ÚTILES

► En este texto, el Defensor Regional de Antofagasta revisa en detalle diversos fallos jurisprudenciales de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema respecto de tres aspectos en casos que involucran a personas migrantes: la necesidad de traductor, la prisión preventiva de personas migrantes por peligro de fuga y criterios sobre la expulsión de personas extranjeras con condena penal.

► Por **Ignacio Barrientos Pardo**,  
Defensor Regional de Antofagasta.

La defensa penal de personas migrantes es una tarea difícil. Si bien la proporción de extranjeros vinculados al fenómeno delictivo es escasa desde la mirada estadística<sup>1</sup>, la ocurrencia de ilícitos protagonizados por ellos genera reprobación en la opinión pública y una rápida generalización, alimentada por la fácil y populista vinculación entre criminalidad y migración<sup>2</sup>.

En este ámbito, el estudio de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia puede ayudar a orientar la compleja actividad de defensa, especialmente la recursiva, y ese es el propósito de este breve texto.

Considerando que son muchos los aspectos que es posible abordar, me concentraré solo en tres. En primer lugar, me ocuparé de un aspecto importante en los primeros momentos del procedimiento: la necesidad de traductor. En segundo lugar,

reseñaré un fallo relativo a la prisión preventiva de personas migrantes irregulares por la causal de peligro de fuga. Y en último término me referiré muy escuetamente a sentencias que fijan criterios sobre la expulsión de extranjeros como consecuencia de una condena penal.

### LA NECESIDAD DE TRADUCTOR

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho de todo inculcado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal. Lo mismo sucede en el Código Procesal Penal.

Por ello, resulta al menos sorprendente que algunos tribunales no se tomen en serio este mandato y obliguen a la Corte Suprema a pronunciarse expresamente sobre esta materia.

En el Rol 5155-21, de 21 enero de 2021, ese tribunal señaló en un caso en que se realizó una audiencia de control de detención y formalización de un ciudadano haitiano, que no hablaba castellano, sin la comparecencia de un traductor, que las normas existentes “[...] tienen por objetivo que el imputado pueda ejercer su derecho a defensa adecuadamente, para lo

<sup>1</sup> En la actualidad se estima que hay en nuestro país más de un millón 500 mil residentes extranjeros. En 2021, 17 mil 346 personas extranjeras fueron ingresadas nivel nacional como usuarios de la Defensoría Penal Pública, lo que representó sólo el 1,6 por ciento del total de residentes no nacionales.

<sup>2</sup> Para una visión objetiva y estadísticamente fundada sobre el tema, ver: BLANCO, Nicolás; COX, Loreto y VEGA, Valeria. Capítulo I. Inmigración y delincuencia: un problema acotado, en: ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo, editores, *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*, Santiago de Chile, 2ª Edición, FCE-CEP, 2020, pp.35-61.

*cual resulta imprescindible no solo que comprenda los aspectos más relevantes para los cuales está destinada la audiencia de control de detención y formalización de la investigación, sino un cabal entendimiento de la misma, así como que pueda hacer uso de la palabra, manifestando lo que estime pertinente, en las oportunidades que la ley ha establecido”.*

Esta sentencia del máximo tribunal dejó patente que este tipo de situaciones aún ocurren, incluso después de 20 años de funcionamiento del sistema procesal instaurado por el código del ramo, y que no obstante la claridad del mandato, no existe acuerdo interinstitucional sobre en quién radica concretamente su cumplimiento. Esto obliga a estar siempre alerta para evitar los perjuicios que su omisión acarrea y cautelar que este mandato sea cumplido también por los cuerpos policiales.

### PRISIÓN PREVENTIVA POR PELIGRO DE FUGA

Siendo la más intensa de las medidas cautelares, la prisión preventiva se usa con mayor frecuencia que la necesaria. Su uso desproporcionado es un reproche constante al sistema procesal penal, que se agrava notoriamente cuando esta medida se analiza a la luz de la nacionalidad del imputado.

Por ello es tan importante que la Corte Suprema, en un fallo reciente, haya insistido en que el principio de proporcionalidad implica también que las medidas cautelares personales se adopten teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento y la gravedad del hecho que se investiga. En el Rol 18547-2022, de 3 de junio de 2022, la Corte Suprema emitió una sentencia subrayando el subprincipio de necesidad de la intervención en una causa por el delito de desórdenes públicos del art. 268 *septies*, inciso 1°, del Código Penal.

En este caso, la pena que arriesgan los cinco imputados, en ese momento presos, es de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), por lo que la Corte destacó que considerando que se hallaban en prisión preventiva desde el 14 de abril, prácticamente cumplirían la pena mínima probable bajo esa medida cautelar.

Lo más relevante del fallo es que la Corte afirma que la situación migratoria irregular de los imputados no puede implicar, sin más, negarles el acceso a una medida cautelar de menor intensidad que la prisión preventiva.

En efecto, el máximo tribunal señaló, por un lado, que el no contar con un lugar de residencia determinado en el país no obsta a que los imputados puedan ser sometidos a una o más

de las medidas cautelares del art. 155 del CPP; y, por otro, que la fijación de una caución de 200 mil pesos respecto de inmigrantes indocumentados implica que su privación de libertad, ante la no variación de su vulnerabilidad social, tendría como única causa su precaria situación económica y no la necesidad procesal de asegurar su comparecencia a los futuros actos del juicio o a la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

### EXPULSIÓN DEL PAÍS

La normativa legal prevé que una condena en una causa penal acarrea consecuencias migratorias para el afectado. La imposición de una pena faculta a la autoridad administrativa a aplicar a un extranjero la máxima sanción en el ámbito migratorio: la expulsión del país<sup>3</sup>.

Una observación panorámica de la actuación jurisdiccional permite afirmar que, en los últimos diez años, se ha venido acumulando una gran cantidad de sentencias que habilitan a sostener que existe un cuerpo jurisprudencial referido a la situación de las personas migrantes condenadas.

Por ejemplo, la Corte Suprema y varias cortes de apelaciones han reiterado que no puede estimarse procedente la expulsión administrativa basada en un hecho que no ha sido materia de juzgamiento y condena. En Rol 25346-2014, la Corte Suprema expresó que “[...] la existencia de un proceso penal en el cual se dispuso la suspensión condicional del procedimiento, tampoco fortalece los fundamentos de lo decidido, por cuanto omite considerar que la imputación que se invoca no ha sido materia de una sentencia definitiva que establezca con certeza su ocurrencia y el grado de participación del amparado”<sup>4</sup>.

Otro aspecto que ha sido materia de análisis es lo relativo a la invocación por la autoridad administrativa de la gravedad de los hechos imputados como único fundamento de la sanción de expulsión. En esto, la Corte Suprema en Rol 17132-2014 fue clara al sostener que la sola gravedad de los hechos no puede servir como motivo que derive en la expulsión, sin considerar otros factores como el arraigo familiar y laboral, ya que aquella está reflejada en la pena impuesta en la sentencia firme que sirve de fundamento al decreto de expulsión cuestionado<sup>5</sup>.

Otra razón para estimar la improcedencia de la expulsión es la eliminación de la condena de los registros oficiales. En el

3 Artículos 127 y 128 de la Ley N° 21.325 en relación con el art. 32 de la misma ley.

4 Ver también: SCS Roles 16664-15; 125448-20; 125551-20; 127164-20; 135476-20; 143802-20; 17250-21; 41377-21.

5 Lo mismo afirmó la CS en Roles 2309-15 y 41197-16.

Rol 16664-2015, la Corte Suprema cuestionó la expulsión al tratarse de un caso en que la persona había obtenido la eliminación de sus antecedentes penales en su país de origen, aseverando que por esa circunstancia no se podía emplear dicho antecedente como fundamento de la expulsión.

La Corte usó como argumento normativo el Decreto Ley N° 409, de 1932, que contempla en nuestro país la eliminación total y definitiva del prontuario penal, señalando que no puede esgrimirse dicha condena por la autoridad como fundamento de la expulsión de la amparada del territorio nacional. La mención a este decreto da cuenta de la factibilidad de usar este fallo para un caso de eliminación de antecedentes por una condena en Chile<sup>6</sup>.

Una razón adicional para acoger recursos de amparo en casos de condenas penales que derivan en expulsiones administrativas es el transcurso del tiempo desde la emisión de la sentencia condenatoria. Es así como en el Rol 24188-2014, la Corte Suprema acogió un amparo constitucional en el caso de un extranjero condenado hacía más de 10 años y cuya expulsión no se había ejecutado oportunamente.

### ANTIGÜEDAD DE LA CONDENA

En otros fallos la Corte ha reiterado la línea jurisprudencial de que la antigüedad de la condena obsta a la deportación<sup>7</sup>. Merece especial mención la aplicación de la doctrina del decaimiento del acto administrativo cuando se ha producido la inejecución de la medida expulsiva tras un largo tiempo desde su emisión, línea jurisprudencial que se puede rastrear en el fallo Rol 1244-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>8</sup>.

Finalmente, en varias sentencias que acogen recursos de amparo en favor extranjeros condenados la Corte Suprema sostiene como argumento la actitud procesal de los mismos durante el proceso, el cumplimiento satisfactorio de la pena sustitutiva y la inexistencia de otros antecedentes penales. En el Rol 50010-2016 sostuvo, sobre los aspectos indicados, que el condenado reconoció su participación, permitiendo la activación de un procedimiento abreviado y constando, además, que ha dado cumplimiento satisfactorio a la pena


sustitutiva, sin que se haya invocado su participación en otro hecho delictivo<sup>9</sup>.

En todo caso, es posible afirmar que la Corte Suprema ha asentado otros criterios que se pueden considerar estables -más allá de alguna excepción- y que deben servir de “contundentes argumentos de refuerzo”, que a menudo se encuentran en fallos de las cortes y que no pueden faltar en la elaboración de una acción de amparo.

Me refiero especialmente a la protección de la familia y el interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA) que se emplean en muchos fallos como fundamento *ad abundantiam* o complementarios desde hace más de una década<sup>10</sup>. Otro criterio de estos tipos es el que apela al principio de proporcionalidad, que obliga a considerar la entidad y gravedad de infracción<sup>11</sup>.

Asimismo, la exigencia a la autoridad administrativa de dar estricto cumplimiento al deber de fundamentación de la medida expulsiva y al debido proceso administrativo son otros criterios que se han reiterado<sup>12</sup>.

A modo de conclusión, debo afirmar que, en mi opinión, la jurisprudencia dictada respecto de la expulsión administrativa puede ser de mucha utilidad para aquellos casos en que se decreta la expulsión judicial<sup>13</sup>, pues los criterios a observar por los tribunales deben ser los mismos a los que está obligada a respetar la autoridad migratoria. Lo anterior es especialmente cierto al leer los artículos 129 de la Ley N° 21.325 y 34 de la Ley N° 18.216.

Por último, si bien los fallos que se consideran son, en su mayoría, previos a la entrada en vigencia de la nueva normativa, sus fundamentos son perfectamente aplicables en la actualidad, como lo ha confirmado la actividad jurisdiccional observada hasta el momento. 

9 Consultar en el mismo sentido: SCS Roles 33257-16; 33257-16; 49674-16; 40894-21. En el voto disidente en SCS Rol 17446-16 se consideró como antecedentes para estimar desproporcionada la expulsión del país, el cumplimiento de la pena sustitutiva de libertad vigilada y el arraigo laboral y familiar.

10 Para observar la estabilidad de este criterio, ver SCS: Roles 3867-10; 7018-12; 66-13; 4416-13; 6366-13; 6649-13; 6650-13; 17132-14; 23480-14; 25346-14; 9591-15; 37574-15; 2309-15; 3694-15; 6964-15; 12356-15; 22186-16; 50010-16; 33257-16; 16034-16; 37229-17; 30397-21; 34397-21.

11 Consultar los siguientes fallos: SCS Roles 66-13; 6649-13; 6650-13; 17132-14; 3073-15; 3694-15; 99366-20; 99366-20; 42825-21.

12 Ver: SCS Roles 3867-10; 2314-13; 15536-15; 36580-15; 95073-20; 30214-21; 30094-21; 35604-21; 36653-21.

13 Por razones de espacio no he podido referirme a la jurisprudencia sobre la expulsión judicial.

6 Ver también: SCS Roles 21928-17 y 63209-21; CA de Antofagasta Rol 176-2020, confirmada por Rol CS 112450-20.

7 Igualmente se puede consultar: CA Temuco Rol 1370-15, confirmada por CS Rol 814-16; SCS Roles 9317-17; 16754-17; 19208-17; 39484-20; CA Copiapó Rol 1-21, confirmada por CS Rol 4387-21; CA Antofagasta Rol 226-2022.

8 Para consultar sobre el decaimiento administrativo, ver: SCS Rol 1017-13; Rol 4241-13; Rol 4065-2015; Rol 11522-15; 50026-16; 39486-17.