



MODIFICA LA LEY N° 21.325, DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA, PARA TIPIFICAR EL DELITO DE INGRESO CLANDESTINO A TERRITORIO NACIONAL

Fundamentos y Antecedentes

1. Sobre los efectos negativos de la migración clandestina en el país y especialmente su influencia en el fenómeno criminal.

El desbocado aumento de los flujos migratorios clandestinos hacia Chile está provocando consecuencias negativas que deben ser abordadas con urgencia.

Efectivamente, nuestro país vive actualmente una crisis migratoria y humanitaria por el desplazamiento de miles de extranjeros que desean arribar e ingresar a Chile. La explicación de este fenómeno es multicausal, pero hay distintas características importantes de mencionar que dan cuenta de la actual situación crítica.

En general, desde hace ya años, Chile ha sido destino de inmigrantes provenientes de todo Latinoamérica. Su crecimiento económico, el desarrollo del mercado laboral y, en paralelo, el decaimiento económico, social e institucional de otros países del subcontinente, han incentivado el aumento del flujo migratorio hacia Chile. Esto ha llevado a que al 31 de diciembre de 2019 se registrara la presencia de 1.492.522 personas extranjeras en el país, lo que representa un crecimiento de 19,4% desde 2018 a 2019¹, vale decir, casi 1/5 de la población total de migrantes de dicho período arribó al país en solo un año.

¹ Informe “Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2019”, elaborado por el Departamento de Extranjería y Migración del Gobierno del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Instituto Nacional de Estadísticas, 2020, p. 18.



Este aumento en los flujos migratorios ha supuesto un aumento imprevisto y evidente en la migración clandestina, que es aquella que se realiza sin cumplir con las formalidades migratorias que exige el país receptor del migrante, ingresando a este de manera oculta.

Así, el ingreso por pasos no habilitados a territorio nacional es un hecho que ha crecido exponencialmente desde 2015. Mientras entre 2010 a 2014 se promediaban 1.241 casos anuales de ingreso de extranjeros por pasos no habilitados al territorio nacional, ese promedio creció a 7.355 casos para los cinco años posteriores a 2015. Ya en 2020, en plena pandemia, se registraron 16.848 casos de ingreso por un paso no habilitado, mientras que solo en enero de este año se registraron 4.271². A 31 de agosto de 2021, el Ministerio del Interior reportaba 8.232 ingresos ilegales al país, habiéndose producido un 90% de ellos en la comuna de Colchane, primera región de Tarapacá³.

Paradójicamente, al registrarse la nacionalidad de quienes ingresan por pasos no habilitados, se observa que no son mayoritariamente personas provenientes de países vecinos como Perú, Bolivia o Argentina, sino que especialmente personas provenientes de países centro americanos y caribeños. En 2019, las personas provenientes de Cuba, República Dominicana y Venezuela representaban el mayor porcentaje de personas sorprendidas haciendo ingreso de manera clandestina al país⁴. Estos hechos ocurren mayoritariamente por pasos no habilitados en las regiones septentrionales, concentrando las tres primeras regiones un 68% de los ingresos clandestinos⁵, lo que denota que existe coordinación para ejecutar estos actos, ya que no es el aeropuerto internacional, sino que pasos fronterizos de la cordillera y el desierto en donde estos se verifican

² “Migración en Chile, Anuario 2020: medidas migratorias, vulnerabilidad y oportunidades en un año de pandemia”, Informe del Servicio Jesuita a Migrantes, p. 9.

³ Nota de prensa del diario *El Mercurio* de fecha 31 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/08/31/1031252/migraciones-norte-del-pais-cifras.html>

⁴ “Migración en Chile, Anuario 2020: medidas migratorias, vulnerabilidad y oportunidades en un año de pandemia”, Informe del Servicio Jesuita a Migrantes, p. 9.

⁵ “Migración en Chile, Anuario 2020: medidas migratorias, vulnerabilidad y oportunidades en un año de pandemia”, Informe del Servicio Jesuita a Migrantes, p. 10.



mayoritariamente, debiendo estas personas atravesar por al menos otros 3 países para arribar a territorio nacional.

La dimensión social de estos hechos es muy variada, pero existe una realidad representativa en ellos que es la migración clandestina proveniente desde Venezuela. En 2020, el año *peak* de la pandemia por Coronavirus, hubo 12.935 personas provenientes de dicho país que entraron a territorio nacional por pasos no habilitados, lo que refleja una situación humanitaria muy grave respecto de lo que allí ocurre, tanto a raíz del régimen del gobernante Nicolás Maduro, como con origen en la pandemia y la recesión económica que esta ocasionó.

Asimismo, en enero de este año el Ministerio Público informó un aumento en los casos de tráfico de migrantes. Mientras entre 2011 y 2019 (lapso de ocho años) se recibieron denuncias en torno a 267 víctimas de este delito, solo entre 2019 y 2020 (lapso de 1 año) se recibieron denuncias respecto de 390 víctimas, muchas de ellas niños y menores de edad⁶.

La relación que existe entre la migración clandestina y la criminalidad se hace notoria también en otro tipo de hechos. La migración clandestina impacta en la forma o en las modalidades del fenómeno criminal del país, puesto que supone el ingreso de personas con registros criminales que, por esta vía, pueden huir de la acción de la justicia de su país de origen, pero continúan delinquiendo en el país al que arriban o presentan derechamente la intención de expandir su campo de acción e influencia criminal hacia otras latitudes.

Ejemplo de lo dicho anteriormente es el aumento de los crímenes violentos en nuestro país, lo que ha conllevado el incremento de los casos de sicariato u homicidio por paga o recompensa. En mayo reciente, en base a datos aportados por el Departamento OS9 de Carabinero, se hizo pública la evidencia acerca del cambio en este tipo de crímenes, que pasaron a ser más violentos, explícitos y ocurrentes, y cómo obedecería a una criminalidad

⁶ Nota de prensa del diario *La Tercera* de fecha 11 de enero de 2021, disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/trafico-de-migrantes-aumento-en-medio-de-la-pandemia/AH6IMXSCZFFZRKKSMAIMB7B6LA/>



de tipo “importada”, por la que una modalidad criminal que no era profusa en el país pasa a ser más común y empleada.⁷

Otro caso posible de ser citado es el de la banda denominada “El Tren de Aragua”, una organización criminal conocida en Venezuela, su país de origen, que desarrollaría actividades vinculadas al narcotráfico y otros ilícitos, pero que aprovechó la oportunidad que representó la crisis fronteriza del país para ejecutar también trata de personas para fines sexuales, siendo reconocido su actuar en distintos casos de esta naturaleza que ya posee 21 víctimas registradas durante este 2022, toda ellas mujeres venezolanas o colombianas, lo que ha propiciado el desarrollo de 6 investigaciones penales⁸. Recientemente, se desarrollaron dos allanamientos simultáneos en las ciudades de Viña del Mar y Quilpué⁹ en lugares que se identificaron como sedes de estas bandas, las que tenían como fachada el ser viviendas de migrantes. Evidentemente, el gran porcentaje de las personas involucradas en estos hechos hace ingreso clandestino al país.

2. Sobre los mecanismos para abordar la migración clandestina y la legitimidad en la tipificación del delito de ingreso clandestino a territorio nacional.

En abril de 2021, concluyó la tramitación de la nueva Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 21.325, cuya vigencia inició en febrero de este año, al estar publicado su Reglamento. Ambos instrumentos normativos permitieron superar la anquilosada legislación migratoria contenida en el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, junto a su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 597 de 1984, anteriores normativas de la materia.

Durante la última etapa de su discusión en el Congreso y también para el caso de la elaboración de su Reglamento y posterior entrada en vigencia, la ley coexistió con álgidos momentos de la situación migratoria en

⁷ Nota de prensa del diario *El Mercurio* de fecha 12 de mayo de 2022 (Cuerpo C, página 5)

⁸ Nota de prensa del diario *La Tercera* de fecha 28 de mayo de 2022, pp. 14-16.

⁹ Nota de prensa del medio *Radio Biobío* de fecha 31 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.biobiochile.cl/especial/el-narco-en-chile/noticias/2022/05/31/tren-de-aragua-en-la-region-de-valparaiso-fiscalia-confirma-base-de-operaciones-en-quilpue-y-vina.shtml>



el norte del país. Por ello, la autoridad descansó en la consideración del ingreso como una falta administrativa, constitutiva de un ingreso prohibido de conformidad con el numeral tercero del artículo 32 de la Ley. Luego, el inciso segundo del artículo 131 permite la actuación denominada “reconducción o devolución inmediata”, que habilita a la autoridad migratoria para colocar a la persona sorprendida haciendo ingreso a territorio nacional por un paso no habilitado en el territorio del cual proviene. No obstante, en el caso de la mayoría de la migración clandestina que arriba al país, esto no ha sido útil, ya que, como se afirmó en el punto anterior, son migrantes cuyo origen es principalmente Venezuela o Colombia, motivo por el que no son aceptados de regreso en Bolivia, país por donde arriban a Chile, produciéndose así la necesidad de conducir a estas personas a territorio nacional y tramitar su situación migratoria con ellos presentes en Chile. Ya en febrero de 2022 esta situación fue denunciada por el entonces Ministro del Interior¹⁰, mientras que al 10 de marzo se cifraban en 3.246 los migrantes venezolanos clandestinos que Bolivia había bloqueado en el intento de ser reconducidos.¹¹

Ante tal panorama, lo cierto es que la medida que se esperaba como principal mecanismo para abordar la situación de migración clandestina ha sido un fracaso y no ha logrado contener los ingresos por pasos no habilitados.

El ingreso clandestino al territorio nacional denota una grave vulneración a la política migratoria del Estado. Efectivamente, son los estados los principales responsables de fijar la política migratoria a través de su legislación, ya que ello impacta en cómo se diseñan políticas públicas de múltiple naturaleza. Por el contrario, el ingreso por pasos no habilitado entraña un rechazo a esta concepción.

La razón de lo anterior es esgrimida también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: evidentemente, la eventual o

¹⁰ Nota de prensa del diario *La Tercera* de fecha 2 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/delgado-acusa-cero-colaboracion-de-bolivia-por-ingreso-irregular-de-migrantes-en-el-norte-a-las-autoridades-bolivianas-pareciera-no-interesarle/MVEIMLCFRZGXFH3TRPHVD3RHO4/>

¹¹ Nota de prensa del medio *Ex Ante* de fecha 10 de marzo de 2022, disponible en: <https://www.ex-ante.cl/crisis-en-la-frontera-norte-bolivia-bloquea-el-retorno-de-mas-de-3-mil-venezolanos-irregulares-que-habian-cruzado-a-chile/>



supuesta existencia de un derecho de ingreso y libre circulación sin sujeción a los términos internacionales, como símil a la inexistencia de una sanción por el ingreso clandestino, borra la atribución propia de cada Estado de poder definir quién ingresa en su territorio, lo que es una expresión importante de la soberanía y autonomía estatal. Esta atribución debe ser legalmente ejercida, sin arbitrariedad, ni abusos y debe sujetarse a las disposiciones normativas que los acuerdos e instrumentos internacionales establecen para la inmigración, tal como ya se refirió, pero no conlleva eso el reconocimiento explícito de un derecho personal a ingresar a un país extranjero sin respetar, ni cumplir con sus procedimientos. Múltiples planteamientos desde el área de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional así lo afirman¹².

Así es como la anterior legislación migratoria contempló al ingreso y al egreso clandestino como un hecho delictivo, pero más bien como una manifestación intencional, ya que la norma perdió eficacia debido a su contrariedad con estándares de legalidad, toda vez que una sanción de tipo penal no puede ser fijada sino en una norma de rango legal en deferencia con los principios de limitación al *Ius Puniendi*¹³. Así es como lo ha señalado sostenidamente la jurisprudencia, al reparar en que este tipo penal tiene consagración en un Decreto Ley¹⁴.

Ahora bien, dada la necesidad que apremia al Estado por cumplir su cometido de control fronterizo y regularidad migratoria, se plantea en esta iniciativa la tipificación del delito de ingreso clandestino, recogiendo la

¹² VIAL, TOMÁS (2014): “El igual derecho constitucional de ingreso al país de los extranjeros: comentario a la sentencia Rol 2.273 del Tribunal Constitucional”, En: Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, Año 2014, p. 242; DÍAZ, REGINA (2016): “Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: examen de compatibilidad con estándares internacionales”, En: Revista Tribuna Internacional, Vol. 5, N° 9, p. 140; DÍAZ, REGINA (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, En: Revista de Estudios Constitucionales, Vol. 14, N° 1, p. 184.

¹³ RAÚL LEIVA LOBOS: “Análisis de la jurisprudencia nacional en torno al ejercicio de la facultad de expulsión prevista en el Decreto Ley N° 1094/75 y en su respectivo reglamento en periodo comprendido entre los años 2005-2018”, Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2018, p. 8.

¹⁴ RAÚL LEIVA LOBOS: “Análisis de la jurisprudencia nacional en torno al ejercicio de la facultad de expulsión prevista en el Decreto Ley N° 1094/75 y en su respectivo reglamento en periodo comprendido entre los años 2005-2018”, Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2018, pp. 41 y ss.



experiencia de ensayos previos en materia penal que también lo consideraron y tomando como fundamento del injusto entrañado en tal hecho la vulneración que supone de la política migratoria de un país, lo que, al ser tolerado, supone las extensas consecuencias perniciosas que fueron descritas en un inicio.

Una de las comisiones designadas por el Presidente de la República para proponer una reforma integral al Código Penal lo consideró así al momento de elaborar el anteproyecto, el que contemplaba los así denominados “*Delitos de extranjería*”, bajo el Título “Delitos contra el orden público”, incluyendo la reposición con rango legal del delito de ingreso clandestino¹⁵.

Así lo justificaba el Anteproyecto de Código Penal de 2013 elaborado por distintos expertos para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:

*“Las razones para aquello, encuentran su justificación en que el orden público como bien de tutela penal, es generalmente reconocido como la “tranquilidad pública” o un estado de sosiego general o de paz social. Así, entiendo que estas infracciones atentan concretamente contra el “orden” que debe existir en los flujos migratorios –además de otros bienes jurídicos que podrían estar comprometidos-, de manera de poder conocer no sólo el número de personas que ingresan a Chile, sino cualitativamente en qué calidad y para qué fines. Desconocer esta información, importa una afectación o alteración de ese estado de sosiego que debe imperar.”*¹⁶

Finalmente, es importante tener a la vista que la consideración del ingreso clandestino a territorio nacional como un delito debe avenirse con el principio de no criminalización que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley N° 21.325, plantea que la migración irregular no es constitutiva de delito.

¹⁵ Documento de Anteproyecto de Código Penal 2013, disponible en el Sitio Web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/SalineroyEcheverr%C3%ADa-Sebasti%C3%A1n-Delitos-Migratorios.pdf>

¹⁶ Documento de Anteproyecto de Código Penal 2013, disponible en el Sitio Web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/SalineroyEcheverr%C3%ADa-Sebasti%C3%A1n-Delitos-Migratorios.pdf>



Ahora bien, sobre este principio debe efectuarse una distinción cuyo fundamento emana del Derecho Internacional en materia de refugiados y migraciones. En él, atendida la situación humanitaria que supone la condición de huida de su país de origen por parte de una persona que se transformará en un refugiado o asilado, se tolera una noción restringida de migración irregular o clandestina que debe ser tolerada por los Estados miembros.

En efecto, el artículo 31 de la Convención sobre Estatuto de los Refugiados de la Organización de las Naciones Unidas, dispone que la no criminalización de la migración irregular aplica cuando los migrantes provienen directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviere amenazada, lo que resulta obvio si se atiende al hecho de que ante una emergencia humanitaria las personas huyen hacia los países vecinos. Luego, si la persona proviene del territorio donde está en peligro y comunica a la brevedad posible la situación y solicitud de refugio a las autoridades del país al que arriba de manera irregular, debe este último conceder aquello y tramitar su solicitud, estando impedido de aplicar sanciones de cualquier naturaleza a esta persona.

A diferencia, como se ha argumentado a lo largo de esta fundamentación, la migración clandestina que arriba a Chile no proviene directamente del territorio en donde su vida o libertad están amenazadas, sino que supone un flujo migratorio que atraviesa al menos 3 países diferentes y se nutre tanto de organizaciones delictivas que lucran con esta situación, promoviendo, colaborando y brindando servicios a estas personas, así como de la evidente negligencia de países que toleran su paso debido a los réditos económicos que esta transitoriedad ocasiona o por otros motivos.

Es en este último sentido restringido en cómo debe ser leído el principio de no criminalización, ya que este supone una garantía para aquellas personas que escapan de situaciones humanitarias coyunturales y no una permisividad constante con la migración económica.



Por lo dicho, los diputados que suscriben venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“ARTÍCULO ÚNICO: Introdúcense las siguientes modificaciones en la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería:

1. Elimínese el punto final el artículo 9 e introdúcese en su reemplazo lo siguiente: “, *con excepción de lo dispuesto en el artículo 119 bis.*”
2. Introdúcese un nuevo Párrafo III en el Título VII, pasando el actual Párrafo III a ser el nuevo Párrafo IV, con un nuevo artículo 119 *bis*, del siguiente tenor:


*“Párrafo III
De los delitos migratorios*

Artículo 119 bis. El que, no reuniendo las condiciones para ser declarado como refugiado en nuestro país, o reuniéndolas, no provenga directamente de un territorio en donde su vida o libertad estén amenazadas, hiciere ingreso al territorio nacional de manera clandestina por un paso no habilitado o eludiendo el control migratorio, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

A los extranjeros que ingresaren al territorio nacional, mediante alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior y existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, se les aplicará la pena de presidio menor en su grado medio.

Sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo el que entrare al territorio chileno o intentare salir de él valiéndose de un documento de identidad o de viaje falso o faltando a la verdad en la información requerida por la autoridad para autorizar el ingreso o la salida.”.”.





FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ANDRES LONGTON H.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. SOFIA CID V.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JAIME ARAYA G.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ANDRES JOUANNET V.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. CATALINA DEL REAL M.




FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. DIEGO SCHALPER S.



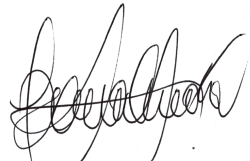
FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. FRANCESCA MUÑOZ G.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JOSE MIGUEL CASTRO B.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JORGE ALESSANDRI V.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. YOVANA AHUMADA P.

