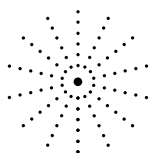


Centro
de Políticas
Migratorias

Tipificación del delito de ingreso clandestino:

análisis normativo y práctico
del proyecto de ley Boletín
15.261-25

Valentina Rioseco V.
Juan Pablo Ramaciotti M.



Centro
de Políticas
Migratorias

Tipificación del delito de ingreso clandestino: análisis normativo y práctico del proyecto de ley Boletín 15.261-25

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN:

Valentina Rioseco V.
Juan Pablo Ramaciotti M.

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:

Valentina Iriarte C.

Informe publicado en septiembre de 2024.

El Centro de Políticas Migratorias es una institución independiente y sin fines de lucro dedicada a la evaluación, análisis y diseño de propuestas de políticas migratorias. Nuestro propósito es contribuir a la generación y fortalecimiento de políticas públicas migratorias que respondan a los desafíos que presenta la movilidad humana a través de investigación rigurosa, trabajo de campo, elaboración de propuestas, generación de espacios de diálogo y articulación de diversos actores.

CÓMO CITAR ESTE INFORME:

Rioseco, V. y Ramaciotti, J.P. (2024). Tipificación del delito de ingreso clandestino: análisis normativo y práctico del proyecto de ley Boletín 15.261-25. Recuperado de <https://www.politicasmigratorias.org/publicaciones>

Abstract

Este informe analiza el Proyecto de Ley Boletín N° 15.261-25, que propone modificar la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional, examinando la compatibilidad del proyecto con las obligaciones internacionales de derechos humanos y la efectividad de las sanciones penales para reducir la migración irregular.

En cuanto a los derechos humanos y la legalidad, el informe destaca los límites del derecho de los Estados a controlar sus fronteras, señalando que la tipificación del ingreso clandestino podría vulnerar derechos fundamentales de las personas migrantes. Respecto a la efectividad de las sanciones penales, la evidencia internacional sugiere que criminalizar la migración irregular es ineficaz y genera efectos adversos, como el aumento de redes de tráfico de personas y la precarización de los migrantes. En Chile, experiencias previas no redujeron significativamente los ingresos irregulares y resultaron en un bajo número de condenas efectivas.

El informe recomienda rechazar el Proyecto de Ley Boletín N° 15.261-25 debido a su baja efectividad práctica, alto costo económico e institucional, y su impacto negativo en derechos humanos. Asimismo, se sugieren alternativas para abordar la migración irregular sin recurrir a la criminalización.

Contenidos

Abreviaciones y siglas	5
1. Introducción	6
1.1 Contexto	6
1.2 Objetivos y estructura	8
2. Marco normativo internacional	9
2.1 El derecho de los Estados a controlar sus fronteras	9
2.2 Sobre el derecho a la libertad personal y seguridad individual	11
2.3 Sobre la detención migratoria de niños y niñas.	14
2.4 Sobre la protección de personas refugiadas y solicitantes de asilo	16
3. Efectividad de las medidas que buscan disuadir la migración irregular	18
3.1 Los factores de “expulsión” y “atracción” de migrantes y la efectividad de las políticas disuasivas	18
3.2 Efectos del endurecimiento de la política de fronteras en Estados Unidos	20
3.3 La efectividad de políticas que sancionan penalmente la migración irregular	20
4. Análisis normativo y práctico del proyecto de ley boletín n° 15.261-25	24
4.1 Análisis de DD.HH. del Proyecto de Ley	24
4.2 Análisis práctico del Proyecto de Ley	27
5. Análisis y propuestas	30
5.1 Sobre el proyecto de ley Boletín N° 15.261-25	30
5.2 Aspectos clave a considerar para impulsar políticas que disminuyan la irregularidad migratoria	30
5.3 Propuestas para disminuir los ingresos irregulares al país	31
6. Conclusiones	33

Abreviaciones y siglas

CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCPR:	Comité de Derechos Humanos (sigla en inglés)
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CMW:	Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (sigla en inglés)
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRC:	Comité de los Derechos del Niño (sigla en inglés)
DIDH:	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH:	Declaración Universal Derechos Humanos
ICCPR:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sigla en inglés)
ICRMW:	Convención Internacional que Protege los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (sigla en inglés)
PDI:	Policía de Investigaciones de Chile
UNCRC:	Convención sobre los Derechos del Niño (sigla en inglés)

1. Introducción

1.1 Contexto

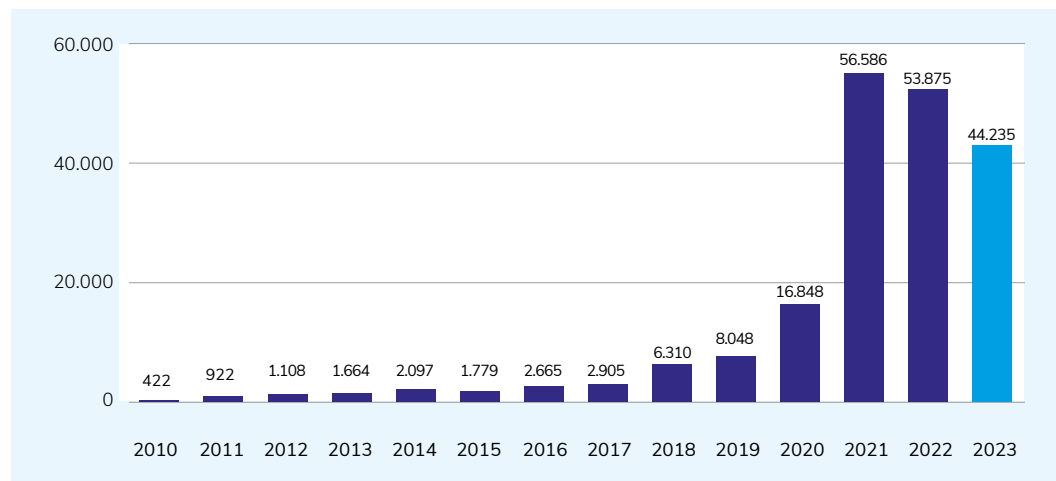
El 5 de agosto del año 2022, un grupo de diputados y diputadas presentaron el proyecto de ley Boletín N° 15.261-25, que “Modifica la ley N° 21.325, de migración y extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional” (en adelante el “Proyecto de Ley”).¹ El objetivo de esta iniciativa, como se presenta en el proyecto, es reforzar las facultades del Estado para cumplir sus objetivos de control fronterizo y regularidad migratoria.² De convertirse en ley, se modificaría el principio de protección de no criminalización, actualmente reconocido en el artículo 9 de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, que prescribe “La migración irregular no constituye delito”.

El Proyecto de Ley se encuentra en la etapa de segundo trámite constitucional en el Senado, luego de haber sido aprobado en enero de 2024 por la Cámara de Diputadas y Diputados. El texto del proyecto de ley enviado al Senado agrega

una excepción al principio de no criminalización del artículo 9 de la Ley N° 21.325, agregando una frase final que dispone “con excepción de lo dispuesto en el artículo 119 bis”. Junto con eso, agrega los artículos 119 bis y 119 ter., que establecen reglas relativas a los procedimientos y sanciones vinculados al ingreso clandestino; y se incorpora un inciso nuevo al artículo 131, relativo a la reconducción o devolución inmediata. Finalmente, se introducen modificaciones al artículo 140 del Código Procesal Penal, relativas a la aplicación de prisión preventiva de personas que no cuenten con rol único nacional o cuando no sea posible determinar su identidad.³

El Proyecto de Ley es presentado en el contexto de un alto número de ingresos irregulares al país por parte de personas extranjeras que, si bien ha disminuido durante los últimos dos años, se ha mantenido en niveles que superan los 40.000 ingresos anuales.

Figura 1: Ingresos por pasos no habilitados registrados por la Policía de Investigaciones (2010-2023)



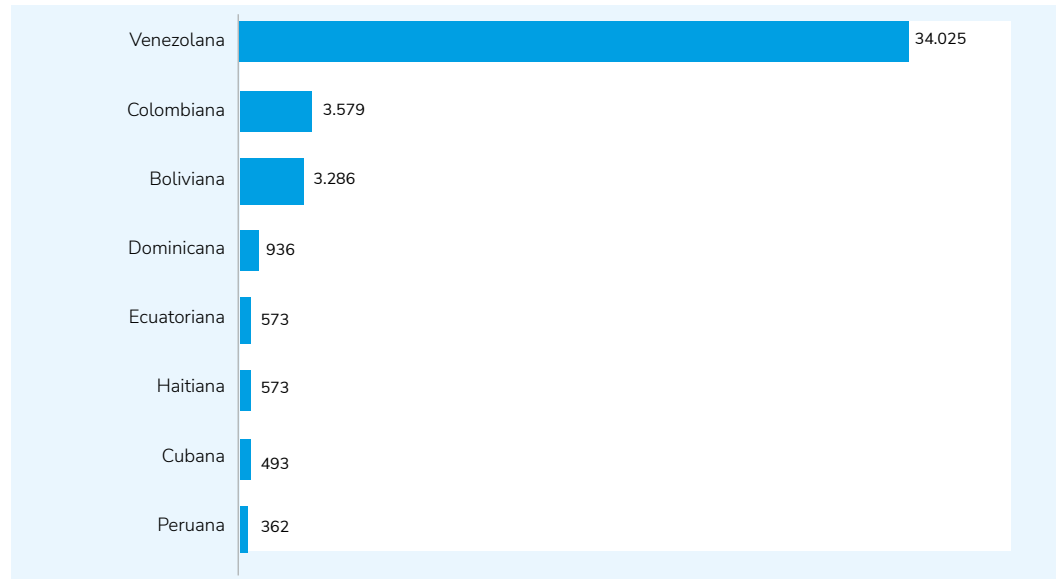
Fuente: elaboración propia a partir de datos solicitados a la Policía de Investigaciones (PDI) por Ley de Transparencia. Nota: la información corresponde al número de denuncias y autodenuncias por ingreso clandestino registradas por la PDI.

- 1 Si bien existe otro proyecto de ley que considera la tipificación del ingreso clandestino (Boletín N° 15.439-06), éste no será abordado en este informe.
- 2 Boletín 15.261-25, 5 de agosto de 2022, p. 6.
- 3 Cámara de Diputadas y Diputados, Boletín 15.261-25, 17 de enero de 2024.

De los 44.235 ingresos irregulares registrados durante 2023, entre las nacionalidades que registran mayor número de ingresos destacan las personas venezolanas, que representan el 76,9% de los ingresos totales del año. El aumento de ingresos irregulares de personas

venezolanas a Chile se ha observado desde el año 2019, lo que se puede explicar por la crisis política y social que se vive en su país de origen y el impacto de los cambios en las normas migratorias para ingresar a Chile por parte de nacionales venezolanos.⁴

Figura 2: Ingresos por pasos no habilitados según nacionalidades con mayor número de ingresos (2023)



Fuente: elaboración propia a partir de datos solicitados a la Policía de Investigaciones (PDI) por Ley de Transparencia.

Nota: la información corresponde al número de denuncias y autodenuncias por ingreso clandestino registradas por la PDI.

El mayor número de ingresos irregulares se registró el año 2021 (56.586 casos registrados), mientras que en 2023 se registraron 44.234 ingresos (mostrando una disminución de un 22% entre ambos años). Sin embargo, estas cifras son extremadamente altas para el contexto del país. Del total de la población migrante que se ha estimado residiendo en Chile,⁵ más de un 10% corresponde a los ingresos irregulares registrados durante los últimos cuatro años.

En este contexto, el Proyecto de Ley que se analiza en este informe apunta a enfrentar el problema de los ingresos irregulares al país, aplicando sanciones penales a quienes entren al país de manera clandestina. Sin embargo, resulta fundamental observar qué tipo de resultados ha tenido este tipo de medidas en otros países, cuál es su grado de efectividad y cómo se compatibilizan con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos.

4 Mayra Feddersen, Antonio Morales, Juan Pablo Ramaciotti, Marcia Vera, 'Ley de Refugio en Chile. Nudos críticos, desafíos urgentes y alternativas hacia el futuro' (Centro de Políticas Migratorias, 2023). Recuperado de <https://www.politicasmigratorias.org/publicaciones>

5 INE y Sermig, 'Informe de resultados de la estimación de personas extranjeras residentes en Chile' (Estadísticas Migratorias, 2023).

1.2 OBJETIVOS Y ESTRUCTURA

El objetivo de esta investigación es analizar los fundamentos y elementos contenidos en el proyecto de ley Boletín N° 15.261-25, que tipifica en Chile el delito de ingreso clandestino. Para esto, se abordará el tema desde dos perspectivas: primero, desde la perspectiva de las obligaciones internacionales que tiene el Estado en materia de derechos humanos; y, segundo, evaluando la efectividad que puede tener este tipo de medidas para disminuir los ingresos al país por vías irregulares.

La investigación realizada contempló un análisis jurídico de instrumentos, jurisprudencia y normas internacionales y locales; la revisión bibliográfica de experiencias empíricas relevantes para el tema en estudio; y la sistematización de datos administrativos para caracterizar el contexto local.

El informe se estructura de la siguiente manera. A continuación de esta introducción,

la sección 2 analiza, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la legitimidad de la tipificación del delito de ingreso clandestino al territorio nacional, enfocándose en la legislación internacional e interamericana aplicable a Chile en la materia y las obligaciones de DDHH que derivan de ella. Luego, la sección 3 se referirá a experiencias internacionales respecto de la efectividad de distintas medidas punitivas utilizadas para reducir la migración irregular, en Estados Unidos, Italia y Francia. En la sección 4, se aplicarán estos dos análisis al Proyecto de Ley, para determinar su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado de Chile y la efectividad que su implementación podría tener en la disminución de la migración irregular. Finalmente, se presentan conclusiones y recomendaciones para la legislación y políticas migratorias del país.

2. Marco normativo internacional

2.1 EL DERECHO DE LOS ESTADOS A CONTROLAR SUS FRONTERAS

El derecho de los Estados a controlar sus fronteras, que deriva de la soberanía nacional, está limitado por las obligaciones de DD.HH. a las que se han comprometido.

La libertad de circulación fue originalmente incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 13,⁶ incluyendo el derecho a salir del propio país y el derecho a regresar al mismo. Este artículo no considera de manera explícita el derecho a ingresar a un país distinto al propio. La libertad de circulación fue luego materializada en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), que también reconoce el derecho a salir de cualquier país y a regresar al propio país. Similar regulación existe en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en el artículo 22 (2) y (5).

Para entender el sentido y alcance de las normas establecidas en los Tratados Internacionales y Regionales de DDHH, es necesario analizar las interpretaciones que de ellos hacen sus organismos monitores. En el caso del Sistema Internacional de Derechos Humanos, cada uno de los nueve Tratados de DDHH. tiene asociado un organismo monitor que interpreta las normas

del respectivo tratado. Dichas interpretaciones se encuentran tanto en sus comentarios generales, como en las observaciones que realizan a los informes periódicos presentados por los Estados partes y la resolución de asuntos presentados por peticiones individuales.⁷ El organismo monitor del ICCPR es el Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés). Sus interpretaciones no son vinculantes, pero sí jurídicamente relevantes.⁸ Así lo ha interpretado la Corte Internacional de Justicia⁹ y también lo demuestran los tribunales chilenos cuando incluyen estas interpretaciones en sus sentencias. Chile reconoció explícitamente la competencia del CCPR para examinar y recibir comunicaciones emitidas por Estados parte e individuos, por hechos ocurridos después de 1990.¹⁰ Asimismo, Chile emite informes periódicos al CCPR y no ha depositado reservas relacionadas con sus funciones, por lo que las interpretaciones emitidas por dicho comité le son jurídicamente relevantes. En el caso de Sistema Interamericano de DDHH, los órga-

6 AG ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), Resolución 217 A (III), artículo 13.

7 Para el caso del CCPR, Parte IV del ICCPR.

8 Nigel S Rodley, 'The Role and Impact of Treaty Bodies' en Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press 2013) 639; Gerald Staberock, 'Human Rights, Domestic Implementation', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]* (2011) párr 11; Kasey McCall-Smith, 'Interpreting International Human Rights Standards: Treaty Body General Comments as a Chisel or a Hammer' en Stéphanie Lagoutte and others (eds), *Tracing the role of Soft Law in Human Rights* (Oxford University Press 2016) 28; Kasey McCall-Smith, 'Treaty Bodies: Choreographing the Customary Prohibition against Torture' (2019) 21 *International Community Law Review* 344. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia decidió que la Corte "debe atribuir un gran peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue creado específicamente para supervisor la aplicación de dicho tratado". Agregó: De lo que se trata aquí es de lograr la necesaria claridad y la imprescindible coherencia del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales". *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (Merits, judgment) [2010] ICJ Rep 639. párrafo 66.

9 *Ibid.*

10 ACNUDH, Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas (2023) recuperado de <https://indicators.ohchr.org>

nos monitores de la CADH son la Comisión Interamericana de DDHH (la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹¹. Chile también reconoció las competencias de ambos órganos.¹²

De las interpretaciones emitidas por estos organismos monitores de DDHH, existe uniformidad en cuanto a que los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras, pues es una facultad que deriva de la soberanía nacional.¹³

A su vez, hay también uniformidad en cuanto a que dicho control migratorio debe hacerse respetando las obligaciones de DDHH a las que los Estados se han comprometido. En su comentario general N° 15, el CCPR especificó tres protecciones no taxativas a las que personas migrantes podrían acogerse para su ingreso y residencia, que son la protección contra la

tortura, la no discriminación y la protección de la vida familiar.¹⁴ Más tarde, en su comentario general N° 27, el CCPR afirmó que el Estado puede establecer “restricciones” a la entrada de un extranjero a su territorio, “siempre que se adecúen a las obligaciones internacionales de ese Estado”.¹⁵ La Comisión y la Corte IDH también han reiterado esta interpretación.¹⁶ Específicamente, la Corte IDH, cuando definió “políticas migratorias”, afirmó que los mecanismos utilizados en ella deben estar acordes con las medidas de protección de los DDHH de toda persona, sin importar su condición migratoria.¹⁷

Las interpretaciones de los organismos monitores de DDHH relativas a la no criminalización de la migración irregular serán analizadas en las próximas subsecciones de este informe.

11 CADH, Parte II.

12 OEA, Tratados Multilaterales (2021) recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Chile.

13 CCPR, Comentario General N° 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (1986), párr. 5, CCPR, Comentario General N° 27, Libertad de circulación (1 de noviembre de 1999) ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párr. 4; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 119; Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251 (“Corte IDH. Sentencia Nadege Dorzema”), párr. 233; CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (21 de julio de 2023) OEA/Ser.L/V/II Doc. 194, párr. 134, 135.

14 CCPR, Comentario General N° 15 (n.13), párr. 5

15 CCPR, Comentario General N° 27 (n.13), párr. 4

16 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (n.13), párr. 119; Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (n.13); Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, nota a pie de página 74, CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (21 de julio de 2023) OEA/Ser.L/V/II Doc. 194, párr. 135.

17 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (n.13), párr. 169.

2.2 SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD INDIVIDUAL

La privación de libertad con motivos de control migratorio debe ser una medida excepcional, que cumpla con requisitos de legalidad y no arbitrariedad. Establecer *a priori* la privación de libertad para todas las personas que ingresen a un país irregularmente constituiría una medida arbitraria, por no proveer oportunidad suficiente para realizar un análisis individualizado de cada caso; exceder los límites de legitimidad de este tipo de medidas; y no cumplir con criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

El derecho a la libertad personal y seguridad individual está consagrado en el artículo 9, párrafo 1 del ICCPR:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

El CCPR interpretó el sentido y alcance del artículo 9 del ICCPR en su Observación General N° 35.¹⁸ Aplicado para el caso de Trabajadores Migrantes y sus Familias, debe observarse el artículo 16 N° 4 de la ICRMW, que dispone:

Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.

El Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) interpretó el sentido y alcance de esta norma en su Comentario Ge-

neral N° 2. El derecho a la libertad y seguridad personal también está consagrado en el artículo 7 de la CADH, aplicado en las observaciones y decisiones de la Comisión y la Corte IDH.¹⁹

El derecho a la libertad personal no es absoluto y la privación de libertad a veces está justificada.²⁰ Ejerciendo su poder punitivo, el Estado puede fijar penas privativas de libertad, sin embargo, este poder es excepcional y limitado a la afectación de bienes jurídicos fundamentales.²¹ Dicha limitación está claramente establecida por estándares de derecho internacional e interamericano de DDHH. En ambos sistemas, se establece que, para que sea justificada, la privación de libertad debe (1) no ser arbitraria y (2) ser lícita, es decir que se imponga por causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecida por ésta.²²

Las razones admisibles para detener justificadamente a una persona no están enumeradas en los Tratados de DDHH. Por lo tanto, para entender si la privación de libertad como sanción al ingreso clandestino está justificada en el Derecho Internacional, habrá que analizar si dicha sanción cumple con los requisitos de legalidad y no arbitrariedad.

18 CCPR, Observación General N° 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales) (16 de diciembre de 2014), ONU Doc CCPR/GC/35.

19 CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección (13), CIDH, Movilidad humana. Estándares Interamericanos (31 de diciembre de 2015) OEA/Ser.L/V/II, párr. 381 – 416. ACNUR, Ficha técnica sobre el derecho a la libertad y seguridad personales y las condiciones mínimas en caso de detención. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11219.pdf>

20 Ibid, párr. 10.

21 CIDH, Movilidad humana. Estándares Interamericanos. (n.19) párr. 383

22 CCPR, Observación General N° 35 (n. 18), párr. 10 y 11. CIDH, Movilidad humana. Estándares Interamericanos. (n.19) párr. 394; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166.

2.2.1 Legalidad

El requisito de legalidad importa dos elementos. En primer lugar, las causas, casos o circunstancias de una detención deben estar expresamente tipificadas en la ley.²³ Tal como lo dispone el CCPR, “las razones sustantivas para la detención o la reclusión deberán estar prescritas por la ley y definidas con suficiente precisión a fin de evitar una interpretación o

aplicación excesivamente amplias o arbitrarias”.²⁴

En segundo lugar, los procedimientos utilizados para llevar a cabo la detención deben también estar estrictamente establecidos en la ley.²⁵ Tanto el artículo 9 del ICCPR como el artículo 7 de la CADH disponen normas específicas para asegurar un procedimiento legal.

2.2.2 No arbitrariedad

Para que una medida de privación de libertad cumpla con el requisito de no arbitrariedad, no basta con que sea legal, sino que la exigencia es más amplia. El CCPR interpretó que la medida debe incluir consideraciones de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad,²⁶ estándar que coincide con las interpretaciones del sistema interamericano, agregando este último que la finalidad de la medida debe ser compatible con la CADH.

Aplicada la detención al control migratorio, ambos sistemas de DDHH coinciden en señalar que, aunque ésta no es “*per se* arbitraria”, sí debe ser una medida de último recurso que deberá ser justificada en criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad a la luz de las circunstancias individuales de cada caso.²⁷

A continuación, se detallará brevemente cómo aplicar las exigencias de consideración de circunstancias personales, finalidad legítima, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

- a) **Consideración de circunstancias personales:** Respecto del requerimiento de considerar la no arbitrariedad a la luz de las

circunstancias de cada persona, el estándar aplicable es que la decisión de detención no puede estar basada en una norma obligatoria “aplicable a una categoría amplia de personas”,²⁸ como la situación migratoria irregular. Al contrario, debe “considerar los factores pertinentes de cada caso”.²⁹ Ello fue expresamente señalado por el CCPR. Más específicamente, la CIDH resolvió que la detención sólo será permisible cuando, después de una decisión individualizada, se considera como una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como por ejemplo asegurar la comparecencia de una persona a un trámite de determinación de su situación migratoria y eventual expulsión del país.³⁰ Asimismo, la Corte IDH resolvió que las autoridades competentes deben verificar, en cada caso en particular y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar los fines de la política migratoria.³¹ En efecto, en el caso *Pacheco Tineo* decidió:

23 Artículo 7.2. CADH; Artículo 9.1 ICCPR, Corte IDH, Caso Bulacio v Argentina.

24 CCPR, Observación General N° 35 (n. 18), párr. 22.

25 Ibid.; Corte IDH, Caso Bulacio v Argentina.

26 Ibid, párr. 12.

27 CIDH, Movilidad humana. Estándares Interamericanos. (n.19) párr. 395; CCPR, Observación General N° 35 (n. 18), párr. 18; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales: Bahamas*. CERD/C/64/CO/1, 28 de abril de 2004, párr. 17.

28 CCPR, Observación General N° 35 (n. 18), párr. 18

29 Ibid.

30 CIDH, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso, párr. 39

31 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272 (“Corte IDH. Sentencia Familia Pacheco Tineo”), párr. 131; CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. (n.13), párr. 142.

*La Corte ha analizado en otros casos la compatibilidad de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular, con la Convención Americana. En todo caso, puesto que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas, y dado que en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.*³²

- b) **Finalidad legítima:** Tal como lo resolvió la Corte IDH en el caso *Vélez Loor*, el control del ingreso y permanencia de personas migrantes en el territorio de un Estado puede ser un fin legítimo de detención migratoria.³³ Sin embargo, dicha detención sólo será legítima cuando cumpla con la finalidad de

“regular y controlar la migración a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación”.³⁴ En este sentido, la detención migratoria nunca debe ser con fines punitivos.³⁵ Así ha sido reiterado por organismos monitores de ambos sistemas de DDHH.³⁶

La regla de que la detención migratoria no debe tener una finalidad punitiva es tan clara, que se aplica incluso cuando la persona ha reingresado al país de manera irregular tras una orden de expulsión. En este sentido, la Corte IDH resolvió que “la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo con la Convención”.³⁷

- c) **Razonabilidad, necesidad y proporcionalidad:** Por regla general, los criterios de razonabilidad y necesidad en una detención, se refieren a que las autoridades verifiquen que no existen otras medidas más idóneas para cumplir con el fin perseguido.³⁸ La detención debe ser absolutamente necesaria “para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”. Ello responde al carácter excepcional del ejercicio del poder punitivo del Estado.³⁹

Asimismo, la detención debe ser siempre proporcional. Se debe recordar que la libertad personal es un derecho humano que sólo puede ser restringido por los Estados, excepcionalmente. En este sentido, se debe hacer un balance entre el sacrificio que significa restringir la libertad personal de una persona en relación con las ventajas

32 Corte IDH. Sentencia Familia Pacheco Tineo (n. 31), párr. 131.

33 Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá* (n. 22), párr. 169.

34 Ibid.

35 Ibid., párr. 171; ACNUR, Ficha técnica sobre el derecho a la libertad y seguridad personales y las condiciones mínimas en caso de detención, párr. 2.24

36 En el sistema interamericano, ver por ejemplo CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (n.35), párr. 2.24; CIDH, Movilidad humana. Estándares Interamericanos. (n.19) párr. 393.

37 Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá* (n. 22), párr. 169; ACNUR, Ficha técnica sobre el derecho a la libertad y seguridad personales y las condiciones mínimas en caso de detención. (n.35), párr. 2.24.

38 Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá* (n. 22), párr. 166.

39 Id.

que resultan de dicha restricción y la finalidad perseguida, de manera tal que dicho sacrificio no sea desmedido ni exagerado.⁴⁰ El requisito de proporcionalidad también implica que la restricción de libertad debe ser de duración limitada y se deben incluir procedimientos que permitan impugnar su arbitrariedad.⁴¹

Como ya se señaló previamente, los sistemas de DDHH reiteran que la detención migratoria no debe ser con fines punitivos. La autoridad migratoria deberá analizar que no existan otras medidas menos restrictivas para alcanzar el fin perseguido,⁴² que es principalmente preventivo. Para cumplir con estos objetivos, la Corte IDH resolvió que es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas “que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos”.⁴³ Dentro de los

medios menos invasivos, está por ejemplo, la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una multa u otra medida para evitar la fuga.⁴⁴ Aplicado en regulación migratoria, ello significa que, al regular el control migratorio, se deberá incluir disposiciones que permitan analizar, en cada caso, si no existen otras medidas menos restrictivas para evadir la fuga o asegurar una deportación.

Considerando lo elementos presentados, privar de libertad a todas las personas que ingresen a un país irregularmente importaría una detención arbitraria, por (a) no proveer oportunidad suficiente para realizar un análisis individualizado de cada caso, (b) exceder los límites de legitimidad de este tipo de medidas y (c) no cumplir con criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

2.3 SOBRE LA DETENCIÓN MIGRATORIA DE NIÑOS Y NIÑAS.

Tratándose de niños y niñas, éstos nunca pueden ser detenidos a causa de su situación migratoria o la de sus padres. A su vez, la ley debe prohibir cualquier tipo de detención de niños y niñas inmigrantes.

Los niños y niñas son también titulares del derecho a la libertad personal. Ello quiere decir que las detenciones de niños y niñas también deben cumplir con requisitos de legalidad y no arbitrariedad. Más aún, la Convención sobre los Derechos del Niño (UNCRC, por sus siglas en inglés), ratificada por Chile en 1990, consagra este derecho, exclusivamente en el caso de niñas y niños en el artículo 37 b), c) y d). En el párrafo b), los Estados se comprometen a que

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará

tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Los párrafos c y d del mismo artículo regulan el tratamiento que debe otorgarse a los/as niños/as privados/as de libertad.

El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), interpretó en conjunto con el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés), la aplicación de detenciones migratorias en la niñez, en la observación General Conjunta N°4 (2017) del CMW y N° 23 (2017) del CRC.⁴⁵ Por su parte, la CIDH y la Corte IDH también se han pronunciado respecto de la relación

40 CCPR, Observación General N° 35 (n. 18), párr. 66.

41 Id.

42 Ibid. párr. 171.

43 Id.

44 CCPR, Observación General N° 35 (n. 18), párr. 18.

45 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño (n. 8), párras. 5 – 13.

entre el derecho a la libertad y la detención migratoria de los niños y niñas migrantes.⁴⁶

De las interpretaciones de estos organismos se obtiene que el derecho a la libertad personal de los niños y niñas en materia de detención migratoria genera obligaciones negativas y positivas para los Estados, incluido Chile.

Respecto de su obligación negativa, la regla es clara: “todo niño, en todo momento, tiene un derecho fundamental a la libertad y a no ser detenido como inmigrante”.⁴⁷ Esta regla rige tanto respecto de la situación migratoria de los padres de los niños como respecto de la suya propia. Es decir, niños y niñas nunca pueden ser detenidos/as por su situación migratoria, ni por la situación migratoria de sus padres.⁴⁸

La detención por razones migratorias se refiere a “cualquier situación en la que un niño se ve privado de libertad por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus padres”,⁴⁹ e incluye la entrada o permanencia irregular en el país.⁵⁰ Esta definición mantiene el mismo fundamento que lo establecido en la aplicación del derecho a la libertad personal de personas adultas: el ingreso irregular no es un delito contra las personas, ni contra los bienes, ni contra la seguridad personal, por lo tanto, su criminalización deviene en una detención arbitraria.⁵¹ A ello se suma que la medida no es

indispensable para asegurar su comparecencia a un proceso migratorio ni para asegurar un orden de expulsión, por lo que excede el requisito de necesidad.⁵²

Respecto de su obligación positiva, la ley debe prohibir cualquier tipo de detención de niños y niñas por su situación migratoria. Tal como lo interpretó el CRC y CMW, esta prohibición debería “estar prohibida por la ley” y “aplicarse plenamente en la práctica”.⁵³ La prohibición de detención de niños y niñas migrantes también se relaciona con los principios de interés superior y su derecho a la vida familiar,⁵⁴ consagrados en los artículos 3, 8 y 10 de la UNCRC. No se ajustaría al interés superior del niño privarlos de libertad bajo pretexto de mantener la familia reunida.⁵⁵ Por el contrario, deberá preferirse “soluciones para toda la familia que no entrañen custodia”.⁵⁶

Respecto de niños y niñas no acompañados que ingresan al país de manera irregular, los Estados no podrán privarlos de libertad bajo la justificación de estar solos o separados de sus familias.⁵⁷ En estos casos, el Estado debiera proveerles de protección y asistencia especial, otorgando cuidados alternativos y alojamiento.⁵⁸ Para ello, son aplicables las Directrices sobre las Modalidades alternativas de cuidado de los niños.⁵⁹

46 Ver, principalmente, CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (n.13), párras. 145 - 246; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional (n.16).

47 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño (n. 45), párra. 5 y 7; CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (n.13), párra. 145; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños (n. 16), párr. 150.

48 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño (n. 45), párra. 5 y 7; Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (n.13), párras. 145; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños (n. 45), párr. 39.

49 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño (n. 45), párra. 5 y 7

50 Ibid., párra. 6

51 Ibid., párra. 7

52 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños (n. 16), párr. 150.

53 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (n. 45), párra. 6 y 12

54 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños (n. 16), párras. 154, 360, 158.

55 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (n. 45), párra. 11; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños (n. 16), párras. 158

56 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (n. 45), párra. 11

57 Ibid. párra. 8

58 Ibid., párra. 11; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños (n. 16), párra. 160.

59 CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (n. 45), párra. 11.

2.4 SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERSONAS REFUGIADAS Y SOLICITANTES DE ASILO

La adopción de medidas que sancionen la migración irregular no puede afectar el derecho humano a solicitar asilo, ni tampoco provocar la devolución o expulsión de personas a un territorio donde estén amenazadas su vida o libertad personal.

El derecho a solicitar asilo está consagrado en los artículos XXVII de la Declaración Americana y 22 (7) de la Convención Americana de DDHH. Este último dispone:

Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos de acuerdo con la legislación de cada Estado y los Convenios Internacionales.

De esta manera, son dos los criterios que deben reunirse para cumplir con el derecho a solicitar asilo: dicho derecho debe (1) estar de acuerdo con la legislación de cada país y; (2) de acuerdo con los convenios internacionales.

Es decir, no basta con que los países regulen internamente los procedimientos de solicitud de asilo, sino que además, dichas legislaciones deben cumplir con las obligaciones internacionales a las que los Estados se han obligado.

Los convenios internacionales a los que se refiere el segundo criterio son el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, que fueron ratificados por Chile y se encuentran vigentes. Dichos convenios contienen reglas para calificar a una persona solicitante de asilo como “refugiada”, entendiendo como tal a toda persona que sufre un temor fundado de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Dos derechos emanan del reconocimiento de la calidad de refugiado. En primer lugar, el artículo 31 del Estatuto de Refugiados protege a las personas refugiadas “que se encuentren ilegalmente en el país de refugio”. En virtud de este artículo,

Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Se ha discutido el sentido de la palabra “directamente”, indicando que para que el artículo 31 antes citado sea aplicable, la persona sólo puede solicitar asilo en el primer país que ingrese luego de salir de aquél en que sufre el peligro. Sin embargo, dicha interpretación ha sido resuelta por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos y la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, quienes han señalado que “el hecho de que una persona refugiada o solicitante de asilo haya continuado desplazándose no afecta sus derechos otorgados por el derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados, ni su posible necesidad de protección internacional. La responsabilidad primordial de brindar protección internacional recae sobre el Estado en el que la persona solicitante se

encuentra, incluso cuando hayan tenido lugar movimientos secundarios o sucesivos.”⁶⁰

El segundo derecho que emana del reconocimiento de la calidad de refugiado es la prohibición de expulsión y devolución, consagrado en el artículo 33 del Estatuto de Refugiados, en virtud del cual:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

En DDHH, el principio de no devolución se extiende a personas que no califican como refugiadas, tal como se consagra en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 3) y el artículo 22 n° 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 22 n° 8). Una aplicación amplia de este principio “prohíbe a los Estados expulsar a una persona a la jurisdicción de otro Estado o

a cualquier otro territorio cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos u otras graves violaciones de los derechos humanos o exista un riesgo real de que se produzcan esas violaciones”.⁶¹ En Chile, el principio de no devolución está consagrado en los artículos 3 y 4 de la Ley 20.430 que establece Disposiciones sobre la Protección de Refugiados y en el artículo 10 de la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, bajo la denominación “Protección Complementaria”.

Para cumplir con estos derechos, los Estados, incluido Chile, deben asegurarse que sus medidas de control migratorio incluyan la realización de un análisis individualizado de cada persona solicitante de refugio, así como el acceso a los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiada. De esta manera podrán garantizar lo no imposición de sanciones penales ni devolución a personas que tienen derecho a ingresar al país y recibir protección internacional.

60 OHCHR, En relación con la tramitación de proyectos de ley, principalmente los contenidos en los boletines n°15.261-25 y n°15.439-06 que modifican la ley n°21.325, de Migración y Extranjería y la ley n°20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, por su posible impacto sobre los derechos humanos de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados (24 de mayo de 2023) Ref.: OL CHL 1/2023, pág. 6.

61 OHCHR, Informe del Relator Especial Sobre los derechos humanos de los migrantes (4 de mayo 2018) ONU Doc A/HRC/38/41, párra. 20.

3. Efectividad de las medidas que buscan disuadir la migración irregular

La aplicación de sanciones penales para desincentivar y reducir la migración irregular ha sido utilizada por Estados del Norte y Sur Global en distintos contextos históricos de movilidad migratoria.⁶² Sin embargo, como se expondrá a continuación, existe evidencia de que estas medidas no tienen un impacto relevante en la reducción de la migración irregular y, a su vez, generan efectos negativos para los países de destino.

En esta sección se presentarán antecedentes sobre la efectividad de las políticas que buscan desincentivar la migración irregular hacia los países de destino; se presentará el ejemplo de Estados Unidos como ilustrativo de un país con una frontera de difícil control y monitoreo; y finalmente se presentarán antecedentes relativos a los efectos del uso de medidas punitivas del ámbito penal para desincentivar la migración irregular, basados en un estudio empírico reciente.

3.1 LOS FACTORES DE “EXPULSIÓN” Y “ATRACCIÓN” DE MIGRANTES Y LA EFECTIVIDAD DE LAS POLÍTICAS DISUASIVAS

Las causas que provocan la migración, especialmente cuando se trata de desplazamientos forzados, son mucho menos determinantes que los factores que hacen elegir un país de destino. Esto significa que las razones por las que las personas dejan su país de origen responden a escenarios críticos, siendo menor el peso de los factores de “atracción” a países de destino.

La evidencia disponible muestra que los factores más determinantes en la migración de las personas son los que provocan la salida desde el país de origen (factores de “expulsión”, *push factors* en inglés), tales como crisis económicas, guerras o conflictos democráticos, entre otros. Por otra parte, los factores de “atracción” (*pull factors* en inglés), son aquellos que pueden influir en la decisión de los migrantes de elegir un país por sobre otros como lugar de destino.

La “teoría de la disuasión”⁶³ postula que las sanciones criminales tienen la capacidad de desincentivar la migración irregular de manera más efectiva que otras sanciones, dada su naturaleza más estricta. Para Constanza Di Francesco Maesa⁶⁴ esta concepción se basa

en la creencia de que las personas obedecen o infringen la ley calculando los costos y beneficios de sus acciones. La teoría económica clásica del actor racional en que se basa la teoría de la disuasión asume que los infractores toman una decisión racional respecto de infringir la ley basados en su conocimiento de la amenaza que implica para ellos la sanción penal. Por lo tanto, está implícitamente asumido que el potencial infractor tiene conocimiento de la sanción y que todo infractor es un actor racional que hace un análisis costo-beneficio cuando decide cumplir o no con la ley. Para Di Francesco Maesa, por numerosas razones, las sanciones criminales no tienen un efecto disuasorio en la migración irregular:

- 62 Daniel Quinteros, Roberto Dufraix y Romina Ramos, “Criminalización de las migraciones” en Cecilia Jiménez Zunino y Verónica Trpin, “Pensar las migraciones contemporáneas: categorías críticas para su abordaje”, 2021, p.71.
- 63 Constanza Di Francesco Maesa, “(In)Effectiveness of Criminal Sanctions as regards Irregular Immigrants”, 8 EUR. CRIM. L. REV. 5 (2018).
- 64 *Ibíd.*, p. 18 ss.

- a. Muchos migrantes irregulares no tienen los elementos necesarios para actuar como un actor racional y hacer un análisis costo-beneficio, dado su nivel de educación, información sobre la normativa del país de destino o por su manejo del lenguaje.
- b. Las sanciones penales no tienen un efecto disuasivo para los migrantes que corren graves riesgos en sus países de origen, porque la amenaza de esas sanciones implican un riesgo menor que el que les representa mantenerse en sus países de origen.
- c. El efecto disuasorio dependerá también de las posibilidades que tengan las personas migrantes para llegar al país de destino sin infringir la ley: si no hay alternativas reales de migrar de manera regular, no tienen cómo elegir dicha vía.
- d. Numerosos estudios han confirmado que para las personas migrantes, al decidir su curso de acción, la probabilidad percibida de ser identificados y sancionados es más relevante que la severidad de las sanciones.
- e. Incluso si las sanciones penales son aplicadas, la evidencia muestra que las tasas de expulsión no aumentan cuando se aplican dichas sanciones penales a personas migrantes en situación irregular.

Un estudio realizado por Eiko Thielemann presenta antecedentes que indican que los factores de “atracción” son mucho menos determinantes que los factores de “expulsión”, especialmente cuando se trata de migración forzada.⁶⁵ Esto implica que, si las razones por las que las personas se ven en la necesidad de emigrar responden a contextos especialmente críticos, el peso de los factores de “atracción” de los países de destino será menor.

Thielemann identifica cinco tipos de factores atractores: económicos (oportunidades de subsistencia), históricos (vínculos coloniales,

lenguaje, lazos culturales), políticos (reputación liberal de los Estados), geográficos (distancia con el país de origen) y las políticas públicas (medidas de cada país en materia migratoria).⁶⁶

El estudio muestra que las políticas públicas son en general un factor de atracción más débil que otros más preponderantes, como los elementos históricos, las redes con el país de destino, o los aspectos políticos o geográficos.

Pese a que las políticas de cada país de destino tienen un menor impacto en los flujos migratorios en comparación a otros factores de “atracción”, Thielemann distingue qué políticas pueden afectar en mayor o menor medida las decisiones de elección del país de destino.⁶⁷ Mientras las oportunidades de tener un estatus migratorio legal y la restricciones del mercado laboral juegan un papel importante para la decisión los migrantes, las políticas que afectan la integración de los extranjeros parecieran tener un efecto mucho menos significativo.

Para Khalid Koser,⁶⁸ las políticas de control suelen fallar por diversas razones. En primer lugar, varios de los factores que provocan la migración están fuera del control de la intervención estatal directa. Segundo, una vez que la migración se establece, es muy difícil detenerla. En esto influyen las conexiones sociales y la migración en cadena; así como los mercados asociados a la migración, tanto lícitos (por ejemplo agencias de viaje y agentes reclutadores) como ilícitos (tráfico de migrantes y trata de personas). En tercer lugar, las políticas de control frecuentemente tienen consecuencias no deseadas, como el aumento del tráfico de migrantes. Incluso si no hay tráfico de migrantes de por medio, las políticas de control usualmente han empujado a los migrantes a alternativas más peligrosas y sofisticadas para cruzar fronteras y permanecer de manera ilícita en los países.

65 Eiko Thielemann, “How Effective Are Migration and Non Migration Policies That Affect Forced Migration”. LSE Migration Study Unit Working Paper No. 14 (2011).

66 *Ibid.*, p. 5.

67 *Ibid.*, p. 7.

68 Khalid Koser, “Irregular migration, state security and human security”. Global Commission on International Migration (GCIM) (2005).

3.2 EFECTOS DEL ENDURECIMIENTO DE LA POLÍTICA DE FRONTERAS EN ESTADOS UNIDOS

Las medidas implementadas en la década de los '90 en Estados Unidos para disuadir la migración irregular no desincentivaron los ingresos irregulares y provocaron efectos negativos como el aumento en la demanda de “coyotes” y las muertes de inmigrantes en las fronteras.

A partir de 1993 los gobiernos de Estados Unidos implementaron políticas que multiplicaron los esfuerzos y recursos para desincentivar la migración irregular a través de un mayor control en las fronteras y la ejecución de un mayor volumen de devoluciones. Un análisis desarrollado por Wayne Cornelius,⁶⁹ demuestra que estas estrategias, durante sus primeros diez años de implementación, provocaron los siguientes efectos:

- Los ingresos clandestinos se redistribuyeron por la frontera sur de Estados Unidos, hacia zonas donde no había un control fronterizo intenso.
- Creció la demanda de traficantes, llamados “coyotes”, para ingresar al país burlando el control fronterizo. Con eso, los precios cobrados por las organizaciones de tráfico de migrantes aumentaron en más de cuatro veces, multiplicándose y reforzándose estas bandas criminales.
- Los migrantes irregulares aumentaron su

tiempo promedio de estadía en el país por temor a ser controlados en la frontera en caso de salir.

- Las muertes de personas migrantes, registradas en zonas fronterizas, aumentaron significativamente.
 - Aumentó la presencia de grupos paramilitares locales “vigilantes”, dedicados a monitorear las fronteras y detener inmigrantes que buscaban ingresar por pasos no habilitados.
- Por otra parte, no se materializaron los efectos esperados por estas políticas: que la migración irregular se desincentivara en los países de origen, que quienes intentaran ingresar irregularmente fueran disuadidos a través de detenciones y devoluciones realizadas por la policía fronteriza; que se redujeran las expectativas de estabilidad laboral para migrantes irregulares en los Estados Unidos; y que disminuyese la población inmigrante en situación irregular.⁷⁰

3.3 LA EFECTIVIDAD DE POLÍTICAS QUE SANCIONAN PENALMENTE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

El uso de sanciones penales como estrategia para frenar la migración irregular no ha tenido buenos resultados en otros países donde se ha estudiado su efectividad. En el caso de Italia y Francia, estas medidas no sólo han tenido mal desempeño en casi todas las variables esperadas, sino que además han generado consecuencias negativas en otros ámbitos.

En cuanto a políticas que directamente establecen sanciones penales ante la migración irregular, Matilde Rosina ha aportado con importante evidencia a partir de su investigación del año 2022, titulada “La Criminalización de

la Migración Irregular en Europa: Globalización, Disuasión y Ciclos Viciosos” (*The Criminalisation of Irregular Migration in Europe: Globalisation, Deterrence, and Vicious Cycles* en inglés).⁷¹ En ella, demuestra que no es efectivo utilizar

69 Wayne A. Cornelius, “Controlling ‘Unwanted’ Immigration: Lessons from the United States, 1993–2004”. UC San Diego: Center for Comparative Immigration Studies (2004). Recuperado de <https://escholarship.org/uc/item/70c6g11d>

70 *Ibíd.*, p. 15.

71 Especialmente, el análisis toma como referencia al trabajo Matilde Rosina, “The Criminalisation of Irregular Migration in Europe: Globalisation, Deterrence, and Vicious Cycles” Springer International Publishing (2022). <<https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-90347-3>> revisado el 3 de noviembre de 2023.

medidas del derecho penal para reducir la entrada y permanencia irregular de migrantes. En concreto, analiza los casos de Italia y Francia y concluye que las medidas sancionatorias aplicadas en estos países no han sido una estrategia efectiva.

En Italia la medida sancionatoria consistió en un decreto que entró en vigencia el año 2009, que introdujo el crimen de entrada y permanencia irregular con una sanción monetaria o expulsión. En Francia el año 2004 se incorporó el artículo L.621-1 en el código de entrada y permanencia de extranjeros y del derecho de asilo, que estableció un año de cárcel y 3.750 euros de multa por entrar o permanecer en el país irregularmente. Además, permitió a las autoridades decretar expulsiones al término del periodo en prisión y prohibir la entrada de extranjeros al territorio francés por tres años.

Para desplegar su análisis empírico, Rosina afirma que la disuasión de la migración irregular mediante este tipo de mecanismos parte del supuesto de que los Estados son capaces de aplicarlos efectivamente.⁷² Al evaluar la implementación de estas políticas, la autora identifica tres tipos de brechas: discursivas, de implementación y de eficacia.

La **brecha discursiva** se refiere a la distancia que existe entre el discurso adoptado durante desarrollo y discusión de las normas, que suele darse en términos agresivos hacia la migración irregular, y las normas adoptadas, que pueden resultar en la práctica menos severas de lo que los discursos podrían haber insinuado.⁷³ De acuerdo al análisis empírico de Rosina, existe una amplia brecha discursiva en el caso de Italia.⁷⁴ Esto, dado el contraste entre la intensa retórica para impulsar la criminalización de la migración irregular en comparación a la sanción para disuadirla, que terminó siendo una multa.⁷⁵

Respecto a la **brecha de implementación**, se observan deficiencias importantes en la

aplicación práctica de estas leyes, tanto en Francia como en Italia.⁷⁶ En Italia, la aplicación de la norma, a través de procesos judiciales iniciados, condenas y privaciones de libertad, mostraron un alza durante los primeros años de vigencia de la norma, pero luego decrecieron hasta niveles de aplicación muy bajos. Esto se explica por las siguientes razones: la discrecionalidad de los funcionarios encargados de reportar a migrantes irregulares, que decidían hacerlo en mayor medida cuando fuera más cierta la probabilidad de que la persona fuera deportada; el archivo masivo de investigaciones penales vinculadas a migración irregular para optimizar los recursos de persecución disponibles; y jueces que optaban por desestimar casos en que no había otra infracción más que el ingreso o estadía irregular.⁷⁷

En Francia, la brecha de implementación se dio porque el número de personas migrantes condenadas por ingreso o estadía irregular constituyó un porcentaje extremadamente pequeño respecto del número de infracciones registradas durante el período estudiado.⁷⁸ En efecto, menos de un 9% de las personas migrantes acusadas de ingreso o estadía irregular fueron condenadas por esa causa. Esto responde principalmente a que se priorizó desde el gobierno francés el uso de las herramientas penales para casos en que hubiese delitos adicionales al ingreso o estadía irregular.

En cuanto a las **brechas de eficacia**, ambas naciones aplicaron sanciones penales a la migración irregular con el propósito de aumentar los niveles de retorno de migrantes irregulares a sus países de origen y reducir el número de ingresos a los países de destino.⁷⁹ En ambos casos, el análisis empírico demuestra bajo éxito de las medidas implementadas, de la siguiente forma:⁸⁰

- a) Sobre los retornos de personas en situación migratoria irregular, en Italia, durante el período 2010-2016, las personas sancio-

72 Ibíd., 305.

73 Ibíd., 494.

74 Ibíd., 245.

75 Ibíd.

76 Ibíd., 247.

77 Ibíd., 118.

78 Ibíd., 195.

79 Ibíd., 254.

80 Ibíd.

nadas con la expulsión nunca superaron el 1,2% del total de personas condenadas por el delito de migración irregular.⁸¹ En lugar de esto, las sanciones consistieron mayoritariamente en multas, lo que se explica por las dificultades prácticas para ejecutar esa cantidad de expulsiones y porque los tribunales fueron incorporando requisitos probatorios al procedimiento. En el caso de Francia, entre 2012-2016, en promedio 46 casos de ingreso o estadía irregular fueron sancionados con expulsión cada año, mostrando un muy limitado uso del aparato penal para fomentar retornos.⁸²

b) Respecto a la disminución de ingresos irregulares, a pesar de establecer el delito de migración irregular, los flujos migratorios no autorizados hacia Italia aumentaron, alcanzando un récord de 180.000 ingresos irregulares en 2016.⁸³ En el caso de Francia, entre 2008 y 2018, el país nunca dejó de estar dentro del top 5 de países de la Unión Europea con mayor estadía de migración irregular.⁸⁴

Luego, Rosina plantea un análisis de la eficacia bajo cuatro sub-criterios: eficiencia, coherencia, sustentabilidad y utilidad:⁸⁵

- Sobre la eficiencia, la criminalización de la migración tanto en Italia como en Francia representan un claro ejemplo de duplicación de costos y procesos. En Francia, la custodia de migrantes irregulares, implica un costo en asistencia legal, espacios de prisión y procesos de expulsión.⁸⁶ En Italia, estos costos se traducen en gastos legales y de traducción, gastos de representación jurídica y expulsiones.⁸⁷ En ambos casos, las multas asociadas a las sanciones eran muy

difíciles de recolectar, esto principalmente por la vulnerabilidad económica de los condenados.

- Asimismo, se observa una falta de coherencia entre la naturaleza de las normas con los propósitos que buscan.⁸⁸ En Francia, la extensa custodia de migrantes irregulares en centros de detención termina aumentando el número de migrantes irregulares en territorio francés.⁸⁹ En Italia, esta incoherencia es generada por lo contradictorio de sancionar con multas a un grupo social económicamente vulnerable y difícilmente capaz de realizar el pago de la sanción.⁹⁰
- En términos de la sustentabilidad de las medidas, por un lado, la implementación total y efectiva de todas las normas y sistemas de criminalización implicaría costos muy altos en términos de tiempo y recursos financieros; pero, al mismo tiempo, una implementación acotada afectaría los objetivos disuasorios de la medida, al no materializarse la “amenaza” de la sanción de manera consistente.⁹¹ Al mismo tiempo, se generan círculos viciosos y efectos secundarios pues, al levantarse retóricas en torno a la criminalización de la migración, se atrae mayor atención a las fronteras; pero al no conseguirse los efectos esperados, se tiende a demandar más medidas visibles, aunque sean principalmente simbólicas. Junto con eso, al impedir la regularización de migrantes y criminalizando su estadía en el país, éstos tienden a ocultarse y se hacen más dependientes de redes informales.⁹²

Considerando todos estos elementos, Rosina concluye que la aplicación de sanciones penales para disuadir la migración irregular

81 Ibíd., 121.

82 Ibíd., 202

83 Ibíd., 128.

84 Ibíd., 259.

85 Ibíd..

86 Ibíd., 260.

87 Ibíd.

88 Ibíd., 261.

89 Ibíd.

90 Ibíd.

91 Ibíd., 263.

92 Ibíd.

no sólo no ha tenido los resultados esperados en Francia e Italia, sino que además ha tenido consecuencias negativas, en términos de costos económicos, tiempo, capacidades institucionales y el impacto en la población migrante. Junto con eso, plantea que si bien pueden existir algunas reducciones de ingresos irregulares por determinados accesos a un país, esto no implicaría la disminución de migración irregular, sino una modificación en la vía de ingreso al

distribuirse por otros lugares.⁹³ Otro punto relevante que Rosina destaca, es la incapacidad de las políticas que criminalizan la migración irregular para igualar o superar los beneficios que los migrantes esperan obtener al desplazarse. En el cálculo de migrantes irregulares, el beneficio de migrar es mayor al riesgo de ser privados de libertad, la posible estigmatización de ser sancionados penalmente, o la aplicación de multas.⁹⁴

93 *Ibid.*, 271–272.

94 *Ibid.*, 310.

4. Análisis normativo y práctico del proyecto de ley boletín N° 15.261-25

A continuación, se desarrollará un análisis del proyecto de ley Boletín N° 15.261-25, a partir de los principios y estándares de derechos humanos presentados en la segunda sección

del informe; junto con un análisis práctico que utiliza como base los elementos de la tercera sección y aspectos observados en años anteriores en Chile.

4.1 ANÁLISIS DE DD.HH. DEL PROYECTO DE LEY

El Proyecto de Ley afecta el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar los DD.HH. de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, puesto que impone sanciones de manera arbitraria y generalizada, y afecta el derecho a solicitar asilo y recibir refugio en el caso de personas que han transitado por más de un país buscando protección internacional.

Organismos de los sistemas internacional e interamericano de DDHH han llamado a los Estados, incluido Chile, a “abstenerse de criminalizar la migración irregular”,⁹⁵ ya que consideran que el sólo cruce de una frontera o la estancia sin autorización no constituye delito contra las personas, los bienes o la seguridad nacional.⁹⁶

En efecto, el CMW se pronunció recientemente respecto del tratamiento legal dado por Chile a las personas que ingresan a Chile por pasos irregulares. Lo hizo a propósito del examen del segundo informe periódico de Chile, llevado a cabo en virtud de los artículos 73 y 74 de la Convención Internacional que Protege los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (ICRMW, por sus siglas en inglés). En sus observaciones finales, el CMW calificó el artículo 9 de la entonces recientemente vigente Ley N° 21.325 como un cambio positivo en la legislación migra-

toria.⁹⁷ Asimismo, en la carta de seguimiento del mismo examen periódico de fecha 11 de diciembre del año en curso, el CMW notó con “especial preocupación las iniciativas legislativas dirigidas a criminalizar la migración irregular, provocando discriminación hacia las personas migrantes, a través del proyecto de ley que modifica la ley de migración “para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional” (Boletín N° 15261-25),⁹⁸ e instó al Estado a “abstenerse de adoptar medidas que califiquen como delito la irregularidad migratoria (ingreso y/o permanencia irregular), en tanto únicamente podrían constituir infracciones administrativas, las cuales no atentan contra las personas, los bienes, la seguridad nacional o el orden público”.⁹⁹

A continuación, profundizaremos en los elementos del Proyecto de Ley que son relevantes respecto de las obligaciones internacionales de DDHH de las que Chile es responsable.

95 CIDH, Movilidad Humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (n.13), párr. 139. Ver también en el mismo documento los párrafos 137 y 142; CMW, Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares (28 de agosto de 20313) ONU Doc. CMW/C/GC/2, párr. 24; CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (n.45), párr. 7.

96 CMW, Observación General N° 2 (n.95), párr. 24; CMW y CRC, Observación General Conjunta N°4 (n.45), párr. 7.

97 CMW, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile (11 de mayo de 2021) ONU Doc. CMW/C/CHL/CO/2, párr. 10.

98 CMW, Follow-up letter sent to the State party (11 de diciembre de 2023) ONU Doc. CMW/followup/37/ik, p. 2.

99 Ibíd.

4.1.1 Respeto del derecho del Estado a resguardar sus fronteras

Entre los argumentos que sustentan el Proyecto de Ley está el derecho de los Estados a resguardar sus fronteras y su relación con la necesidad de instaurar sanciones penales por ingreso clandestino. En efecto, afirman sus autores que la no imposición de sanciones penales a un ingreso clandestino “borra la atribución propia de cada Estado de poder definir quién ingresa en su territorio” y sustentan su afirmación en una publicación de la profesora Regina Díaz.¹⁰⁰

Sin embargo, los análisis de la autora apuntan a exactamente lo contrario, ya que identifica que el derecho del Estado para controlar sus propias fronteras debe realizarse con observancia del respeto de los derechos humanos de todas las personas, cuestión que coincide con las interpretaciones de los organismos monitores de DDHH mencionadas en la primera sección de este informe. Así, Díaz afirma:

No se debe olvidar que el principio de soberanía actualmente vigente no es aquel absoluto de antaño, sino que posee restricciones de importancia, por tanto, si bien se reconoce el derecho del Estado para determinar quiénes entran a sus fronteras, el ejercicio de esta potestad ha de efectuarse con pleno respeto

4.1.2 Sobre el respeto a la libertad personal y la seguridad individual

En la sección 2.2 de este informe se estableció la necesidad de que las medidas que restrinjan la libertad personal y la seguridad individual deben ser excepcionales y cumplir con criterios de legalidad y no arbitrariedad.

El Proyecto de Ley cumple con los requisitos de legalidad, pues se establecen expresamente las causas o circunstancias en que se podrá detener o privar de libertad a una persona que ha ingresado irregularmente al país (artículo 119 bis) y también se establecen los procedimientos para llevar a cabo la detención correspondiente (artículo 119 ter).

de los derechos fundamentales de las personas.¹⁰¹

Asimismo, Díaz analiza el antiguo artículo 87 del Decreto Ley 1094 que prescribía penas privativas de libertad por reingreso clandestino y siguiendo la perspectiva de DDHH mencionada en la segunda sección de este informe, afirma que dichas penas privativas no constituyen una finalidad legítima:

se debiese considerar que el estándar internacional recomienda no aplicar sanciones de carácter punitivo a la migración irregular, y, en consecuencia, en este caso, el imponer una medida punitiva al migrante que reingresa al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima.¹⁰²

Por lo tanto, las penas privativas de libertad por ingreso clandestino no encuentran fundamento en el Derecho Internacional de DDHH. No aplicar penas privativas por ingreso clandestino no importa renunciar al derecho de los Estados a controlar sus fronteras. Al contrario, el derecho del Estado a resguardar sus fronteras debe llevarse a cabo con pleno respeto de los DDHH de las personas migrantes.

Sin embargo, el Proyecto de Ley no cumple con el requisito de no arbitrariedad, por las siguientes razones:

- a) No permite considerar las circunstancias individuales de las personas, al aplicarse la norma a una categoría amplia de personas únicamente basada en su estatus migratorio (quienes ingresen irregularmente). Aún cuando el artículo 119 bis contempla excepciones respecto de personas que reúnen las condiciones para ser refugiadas y niños o niñas junto a sus padres o cuidadores, éstas también presentan

100 Boletín 15.261-25, 5 de agosto de 2022, p. 6, nota al pie n° 12.

101 Regina Díaz, Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales (2016) Revista de Estudios Constitucionales, Col. 14, N°1, p. 186.

102 Ibid, p. 193.

dificultades para cumplir con los requisitos de no arbitrariedad, tal como se explicará más abajo.

- b) Excede los límites de legitimidad en que se justifica aplicar restricciones a la libertad personal, puesto que este tipo de medidas deben estar restringidas a asegurar la presencia de la persona en procedimientos migratorios o para garantizar la ejecución de una orden de expulsión.
- c) No se cumple con los elementos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, pues no se contempla la aplicación de otras medidas menos gravosas antes de la privación de libertad, tales como la aplicación de sanciones administrativas.

En razón de lo anterior, el Proyecto de Ley afectaría de manera arbitraria los derechos de libertad personal y seguridad individual, pues establece *a priori* la privación de libertad para todas las personas que ingresen a un país, sin oportunidad suficiente para realizar un análisis individualizado de cada caso; excediendo los límites de legitimidad de este tipo de medidas; e incumpliendo con criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

4.1.3 Sobre la detención migratoria de niños y niñas

Tal como se indicó en la sección 2.3 de este informe, con base en el principio del interés superior del niño, los niños y niñas nunca pueden ser detenidos por motivo de su situación migratoria o la de sus padres, ni tampoco sus familiares.

El Proyecto de Ley cumpliría con esta obligación a través de la excepción incorporada en el inciso final del artículo 119 bis, donde excluye de la sanción por ingreso clandestino a “niños, niñas o adolescentes o al padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal”.

Sin embargo, cabe considerar que, en la práctica, existe un riesgo alto de que niños, niñas y, especialmente, adolescentes sean tratados como adultos, y por lo tanto sancionados, por no poder probar su edad. Es más probable que quienes ingresan por pasos clandestinos no

Lo anterior coincide con lo señalado por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos y la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, quienes al observar el Proyecto de Ley discutido en este informe afirmaron:

La detención de personas migrantes debe constituir siempre una medida excepcional de último recurso en el caso de personas adultas, compatible con los principios de necesidad y proporcionalidad en función de las circunstancias individuales de cada caso, y no debe de estar basada en el estatus migratorio de la persona migrante. De no justificarse como razonable, necesaria y proporcional, el uso de esta medida podría conducir a la detención arbitraria, prohibida por el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.¹⁰³

tengan documentos para probar edad ni filiación, y menos aún cuidado personal. Para que la excepción del artículo 119 bis sea efectiva en la práctica, sería necesario que existan medidas adecuadas que permitan determinar cómo se probará la edad de las personas y quienes son sus cuidadores. En este sentido, la implementación del “Protocolo de filiación para niños, niñas y adolescentes”, actualmente en revisión y que es uno de los compromisos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, debe cumplir un papel importante en este desafío.¹⁰⁴

Tampoco se reconoce una obligación de informar a niños/as y adolescentes sus derechos. Esto es importante no solo para que niños/as puedan defenderse, sino que también sirve de garantía para que los funcionarios actúen conforme a derecho.

103 OHCHR, En relación con la tramitación de proyectos de ley (n.60), pág. 5.

104 Ver “Reporte de medidas inmediatas del Plan Nacional de Acción de Migración y Extranjería”, p. 5. <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2024/05/Informe-medidas-inmediatas-PNME.pdf>

4.1.4 Sobre la protección de personas refugiadas y solicitantes de refugio

Como se señaló anteriormente, la aplicación de sanciones a la migración irregular no puede afectar el derecho a solicitar asilo y recibir refugio, ni tampoco pueden resultar en la devolución o expulsión de una persona a un territorio donde esté amenazada su vida o libertad personal.

El texto del Proyecto de Ley establece como excepción a la sanción por ingreso clandestino el caso de “extranjeros que reúnen las condiciones para ser reconocidos como refugiados en Chile” (artículo 119 bis inciso final). Sin embargo, a continuación, añade que esta excepción opera sólo si provienen directamente del territorio donde su vida o libertad esté amenazada.

Tal como se explicó más arriba, el requisito de provenir directamente del territorio que constituye la amenaza introduce riesgos significativos, al imponer restricciones a personas que, cumpliendo con los requisitos para el reconocimiento como refugiados, han debido por desplazarse por diferentes Estados en busca de una protección más efectiva. De esta manera, se ignora el tránsito por países

que no hayan reconocido su condición o donde haya motivos que ponen en riesgo a la persona en el procedimiento de reconocimiento de su condición de refugiada. El término “movimientos sucesivos”, utilizado para describir esta dinámica, comúnmente evidencia la falta de protección adecuada para los refugiados y solicitantes de refugio, así como la ausencia de soluciones duraderas y oportunas.¹⁰⁵

Por otra parte, establecer sanciones penales para aquellas personas refugiadas que no provengan directamente de un territorio donde sus vidas o libertades estén amenazadas, podría reflejar una preocupación respecto a eventuales abusos del sistema de refugio que generen una saturación del sistema. Sin embargo, la saturación del sistema de refugio puede también explicarse por falta de vías regulares de migración, que efectivamente faciliten una migración ordenada, segura y regular. Los Estados, incluido Chile, han reconocido la generación de vías regulares de migración como solución a la migración irregular, y han acordado adoptar políticas migratorias en esta línea.¹⁰⁶

4.2 ANÁLISIS PRÁCTICO DEL PROYECTO DE LEY

Las políticas de sanciones penales por ingreso clandestino presentan serias limitaciones procedimentales y prácticas, lo que hace desaconsejable su aplicación en el país. A partir de la experiencia en Chile y países como Estados Unidos, Italia y Francia, es posible proyectar que la sanción de ingresos irregulares a través del sistema penal será poco efectivo, estresando recursos económicos e institucionales, además de precarizar aún más la situación de la población migrante.

4.2.1 Efectos previsibles de la tipificación del ingreso clandestino a partir de la evidencia internacional

A partir de la experiencia expuesta en la tercera sección de este informe, respecto de Estados Unidos, Italia y Francia, es posible

identificar los siguientes efectos que podría tener la tipificación del ingreso clandestino en el contexto chileno:

105 ACNUR, Consideraciones del alto comisionado de las naciones unidas para los refugiados sobre el proyecto de ley que modifica la ley N°21.325 de migración y extranjería para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional Boletín N°15.261-25, Abril 2023.

106 UNGA, 'Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration' (11 January 2019), UNGA Res 73/195, parra. 11 y Objective 5: Enhance availability and flexibility of pathways for regular migration", para. 21; "Facilitate orderly, safe, regular and responsible migration and mobility of people, including through the implementation of planned and well-managed migration policies" UN, 'Reduce Inequality within and among Countries' (Sustainable Development GOALS, no date) Recuperado de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/inequality/>.

- a) Mientras las causas por las que se produce el desplazamiento de migrantes desde sus países de origen respondan a migración forzada (crisis políticas, económicas o humanitarias), las medidas disuasivas adoptadas en Chile no tendrán un efecto significativo. Esto pues las sanciones migratorias seguirán representando un factor menos decisivo para los migrantes frente a las razones por las que pueden elegir el país (reunificación familiar, oportunidades laborales y opciones de sostener un proyecto de vida).
- b) Los ingresos clandestinos posiblemente se reducirán marginalmente y se incentivará el aumento de la actividad de redes criminales de trata y tráfico de personas, con el riesgo que eso implica para las personas migrantes y la amenaza de seguridad que implica para el país que estos grupos aumenten su presencia en las fronteras y dentro de Chile.
- c) Si el número de imputados por ingreso clandestino es muy alto, el sistema judicial no dará abasto para procesar todos los casos, lo que puede provocar que la gran mayoría de los casos sean archivados o desestimados, existiendo muy pocas condenas. Considerando lo anterior, el uso del aparato penal para sancionar el delito de ingreso clandestino puede tender a aplicarse sólo cuando éste coincida con otros delitos adicionales, haciendo irrelevante la tipificación del ingreso irregular para efectos de su persecución.
- d) Una implementación efectiva para perseguir, procesar, juzgar y sancionar los ingresos clandestinos bajo el sistema penal requerirá asignar recursos para generar espacios de detención y atención legal, además de recursos humanos de jueces, fiscales y defensores, encarcelamiento¹⁰⁷ y expulsiones. Destinar recursos para llevar a cabo de manera adecuada todas esas acciones resulta poco viable para el Estado chileno, considerando que países como Italia y Francia no han sido capaces de hacerlo.
- e) La tipificación del ingreso clandestino como delito puede aumentar la vulnerabilidad de las personas en situación de irregularidad migratoria haciéndolas más dependientes de redes informales, aumentando su exclusión y precariedad, junto con dificultar la acción del Estado para identificarlos y detener a quienes además de estar en situación de irregularidad migratoria representen una amenaza para la seguridad del país.

4.2.2 Efectos previsibles de la tipificación del ingreso clandestino a partir de la experiencia chilena

Previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, la legislación migratoria en Chile se regía por el Decreto Ley 1.094, que establecía que el ingreso irregular al país era constitutivo de delito. Este cuerpo legal, en su artículo 78, entregaba al Ministerio del Interior o al Intendente regional respectivo la atribución de iniciar la investigación penal a través de una denuncia o querrela.

En la práctica, lo que sucedía era que el Ministerio del Interior se desistía de las querrelas para evitar los costos y tiempos de los procesos judiciales, para luego emitir una orden

de expulsión. Esta práctica fue declarada ilegal reiteradamente por la Corte Suprema, puesto que los delitos no eran acreditados ante el Poder Judicial, revocándose las órdenes de expulsión sin poder deportar a los extranjeros que habían ingresado irregularmente al país.¹⁰⁸

En cuanto a los resultados observables respecto a la tipificación del ingreso clandestino como delito, podemos identificar dos aspectos principales: la variación en los ingresos irregulares al país y los números de sanciones al delito de ingreso clandestino.

107 Según el “Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2019” del Instituto de Derechos Humanos de 2019, en los últimos años ha existido un deterioro de la situación, con 45 de sus unidades teniendo una sobrepoblación de reclusos. Esto evidencia la incapacidad actual del Estado de poder implementar una política como la que se propone, y demuestra la nula consideración de esta evidencia en la moción en comento. Ver <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/e87ac642-75c7-4b2a-adf2-af3f52952dbb>

108 Algunos ejemplos de esto se pueden observar en los fallos de la Corte Suprema Rol 5465-2022, Rol 94500-2021, Rol 92465-2021, Rol 92359-2021 y Rol 89211-2021.

a) Aumento de los ingresos irregulares bajo el DL 1.094

En primer lugar, los ingresos irregulares registrados entre 2010 y 2021¹⁰⁹ presentaron un alza sostenida con un *peak* de más de 56 mil ingresos clandestinos observados el año 2021 (ver figura 1 en la sección 1.1 de este informe). Por el contrario, durante los años 2022 y 2023 se ha registrado una disminución gradual de los ingresos irregulares (si bien ha sido un decrecimiento menor), pese a que esta infracción migratoria ya no está sancionada como delito. Lo anterior no significa que la sanción penal del ingreso clandestino aumente las entradas irregulares al país, pero sí demuestra que no hay una correlación entre este tipo de medidas

y una eventual disminución de los mismos. Como se argumentó en secciones anteriores, es probable que en el aumento y disminución de los ingresos irregulares estén pesando con mayor fuerza factores de “expulsión” desde los países de origen, más que las políticas adoptadas en Chile en esta línea.

b) Sanciones al delito de ingreso clandestino bajo el DL 1.094

En segundo lugar, con respecto a la sanción de extranjeros infractores, entre los años 2018 y 2021, de la totalidad de causas abiertas por ingreso clandestino, sólo 25 terminaron en condena, equivalentes al 0,3% del total.

Tabla 1: Causas abiertas por delito de ingreso clandestino (2019-2021)

Delito	Año de ingreso				Total
	2018	2019	2020	2021	
Ingreso / egreso con documento falsificado (artículo 68 DL 1.094)	34	50	84	54	222
Ingreso / egreso clandestino (artículo 69 DL 1.094)	1.797	2.341	2.808	2.263	9.209
Total general	1.831	2.391	2.892	2.317	9.431

Fuente: Mayra Feddersen (2023), a partir de datos del Ministerio Público.¹¹⁰

Lo anterior refleja que los problemas de aplicación y ejecución de sanciones penales por ingreso clandestino presentan serias limitaciones procedimentales y prácticas, tal como ha sucedido en países como Italia y Francia. Considerando esto, puede resultar mucho más

efectivo sancionar administrativamente el ingreso irregular, a través de multas y expulsiones, puesto que ello conlleva plazos más acotados y requiere menos recursos institucionales y económicos.

109 El DL 1.094 fue derogado en febrero de 2022, cuando entró en vigencia la Ley 21.325 de Migración y Extranjería.

110 Mayra Feddersen, Minuta respecto de proyecto de ley que modifica la Ley No 21.325, de Migración y Extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino a territorio nacional (Boletín N° 15.261-25), presentada ante la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputadas y Diputados.

5. Análisis y propuestas

5.1 SOBRE EL PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 15.261-25

Tomando en consideración la experiencia observada en la aplicación de políticas tanto en Chile como en otros países, así como la importancia de respetar los estándares de derechos humanos a los que el país se ha obligado, es posible concluir que modificar la legislación nacional para tipificar como delito el ingreso clandestino sería una medida errónea. Esta modificación afectaría gravemente

el resguardo de los derechos humanos de las personas migrantes, tendría un impacto poco significativo en la reducción de ingresos irregulares al país y generaría consecuencias no deseadas a nivel migratorio, institucional y de seguridad pública. En razón de lo anterior, **se recomienda rechazar el proyecto de ley Boletín N° 15.261-25 y, por lo tanto, no tipificar como delito el ingreso por vías irregulares al país.**

5.2 ASPECTOS CLAVE A CONSIDERAR PARA IMPULSAR POLÍTICAS QUE DISMINUYAN LA IRREGULARIDAD MIGRATORIA

Con miras a impulsar un sistema migratorio que permita disminuir los ingresos irregulares al país, sin generar los efectos nocivos que tendría su tipificación como delito, es necesario adoptar medidas en diversos ámbitos, que de manera conjunta generen incentivos para que quienes migren hacia Chile lo hagan por vías regulares, y al mismo tiempo se desincentiven los ingresos clandestinos.

Para abordar la migración irregular, se requieren aproximaciones efectivas y coherentes, que reconozcan tanto las preocupaciones de los estados y al mismo tiempo respeten los derechos humanos de los migrantes. Como punto de partida, es necesario reconocer que la migración irregular siempre va a existir, pero sí es posible reducir su escala.¹¹¹

Las políticas migratorias no pueden sólo reaccionar en lo inmediato a los desafíos vinculados a la irregularidad migratoria, sino que deben tener un enfoque de largo plazo que tome en cuenta las causas y efectos de la migración irregular; una aproximación balanceada que reconcilie la soberanía nacional con los derechos de las personas; y un enfoque unificado que involucre el diálogo entre distintos actores públicos, privados y la

sociedad civil, junto a gobiernos de distintos países.¹¹²

En este sentido, se hace especialmente necesario tomar en consideración distintos factores que explican los movimientos migratorios y que, por tanto, son fundamentales a la hora de definir las políticas a adoptar.¹¹³

- La creencia de que las personas se mueven a partir de un análisis costo-beneficio y que las normas migratorias definen los patrones migratorios apuntan a que la migración se puede activar y desactivar si se adoptan las políticas apropiadas. Esta creencia ha sido probada errónea a través de la experiencia histórica de distintos países.
- La migración inicial -generalmente trabajadores jóvenes- es usualmente seguida por otras personas de la misma familia o comunidad. El rol de redes de migrantes facilita el desplazamiento a un nuevo país y provee ayuda en el acceso a trabajo, vivienda y otras necesidades al momento de la llegada.
- Las decisiones migratorias son usualmente tomadas no por un individuo aislado sino que por familias completas. En situaciones de

111 Koser (n.68) ., 2.

112 Ibíd., 27.

113 Stephen Castles, "Why Migration Policies Fail", *Ethnic and Racial Studies* (27) DOI 10.1080/0141987042000177306 (2010) pp. 208 ss.

cambios súbitos, una familia puede decidir enviar a uno o más miembros a trabajar en otra región o país, para maximizar sus ingresos y opciones de supervivencia.

- En la migración económica, el migrante principal es usualmente un hombre o una mujer joven que busca trabajo temporal, quien normalmente pretende regresar a su país de origen una vez que haya alcanzado ciertos ahorros. La dificultad para alcanzar esos objetivos puede llevar a una estadía más prolongada, lo que a su vez puede incentivar la reunificación familiar o la formación de una nueva familia. Esto genera nuevas expectativas de vida en el país de destino, proyectando estadías de largo plazo o permanentes.
- Una vez que la migración comienza, se genera la necesidad de una serie de servicios. La industria migratoria incluye agentes de viaje, abogados, bancos, reclutadores laborales, intérpretes y agentes inmobiliarios. Sin embargo, la atención pública suele enfocarse

en el lado ilegal de la industria migratoria. Las campañas contra las redes de trata y tráfico de migrantes -si bien son necesarias- pueden llevar a la criminalización de todos los migrantes, sirviendo para legitimar el fracaso de las políticas oficiales.

- Parte importante de la población mundial vive en Estados ineficientes, corruptos y a veces violentos, debiendo sobrevivir en esas condiciones. En este contexto, las normas migratorias se convierten sólo en otro obstáculo a superar para poder sobrevivir. Los potenciales migrantes no deciden detener su proyecto de migración sólo porque los estados de destino declaran que no son bienvenidos, especialmente si el mercado laboral dice otra cosa.
- Muchos países no pueden prescindir de los trabajadores migrantes, pese a la existencia de desempleo, porque éstos se concentran en trabajos que los locales no están dispuestos a realizar.

5.3 PROPUESTAS PARA DISMINUIR LOS INGRESOS IRREGULARES AL PAÍS

A continuación, se plantean propuestas de políticas que apuntan a enfrentar los desafíos que plantea la migración irregular en el corto plazo, incorporando a su vez un enfoque de

largo plazo y multifactorial. Las propuestas consideran aprendizajes de países extranjeros¹¹⁴ como la propia experiencia local.

Propuesta 1: *Seguir fortaleciendo el control fronterizo en áreas de alto tráfico.*

Si bien por sí solas no son suficientes, estas medidas pueden tener un impacto relevante, cuando son complementadas con alternativas de migración regular efectivas. Por el contrario, si sólo se refuerza el control fronterizo sin existir

vías de migración regular, se puede incentivar la apertura de nuevas rutas irregulares y el aumento de las redes de trata y tráfico de personas.

114 Koser, (n.68), pág 25; Randall Hansen y Demetrios G. Papademetriou, “Securing Borders. The Intended, Unintended, and Perverse Consequences”, Transatlantic Council on Migration. Migration Policy Institute (2014), 10.

Propuesta 2: *Fiscalizar y sancionar a empleadores que contraten a migrantes sin permiso de trabajo.*

Mientras los empleadores puedan contratar extranjeros sin permiso de trabajo, será muy difícil desincentivar la irregularidad migratoria y la informalidad laboral. Es necesario aumentar los recursos para fiscalizar y sancionar a los

empleadores que no cumplan con la ley. Esto no sólo desincentiva la migración irregular, sino que también aporta a que los espacios laborales sean más seguros para los trabajadores y disminuya la informalidad laboral en el país.

Propuesta 3: *Aplicar sanciones administrativas a quienes ingresen irregularmente al país.*

Considerando la ineficacia, altos costos económicos y probables efectos adversos de la sanción penal de los ingresos irregulares, resulta preferible aplicar sanciones a través de la vía administrativa. Esto considera obligación de asistencia periódica y la aplicación

de multas y órdenes de expulsión, las que siempre deberán aplicarse respetando los derechos humanos de las personas migrantes. A su vez, es importante que los sistemas para determinar e implementar las sanciones sean transparentes y eficientes.

Propuesta 4: *Fortalecer vías regulares de ingreso al país.*

Si bien es importante que el Estado tenga la capacidad de definir objetivos respecto de la cantidad y características de las personas que podrán ingresar al país por motivos migratorios, establecer requisitos o barreras demasiado restrictivos implica cerrar vías de migración regular y, por lo tanto, generar mayor irregularidad migratoria. Por lo mismo, es necesario encontrar un equilibrio entre el establecimiento de límites para el ingreso de

migrantes y la existencia de vías regulares de migración, que sean suficientes para desincentivar el ingreso irregular. Para esto, se propone ampliar programas de migración laboral y reunificación familiar, reducir los plazos de tramitación de visados desde el extranjero y fortalecer el trabajo de consulados chilenos en países de origen en la entrega de información para potenciales migrantes.

Propuesta 5: *Potenciar el desarrollo en los países de origen.*

Es importante potenciar la colaboración internacional para asistir a estados más débiles en reforzar el Estado de derecho y las instituciones públicas, enfrentando la corrupción, consolidando el poder judicial y entrenando fuerzas

policiales y guardias fronterizas confiables. De la mano con lo anterior, impulsar programas que fomenten el desarrollo económico de los países de origen abriendo mejores oportunidades de vida para sus habitantes.

Propuesta 6: *Trabajar tanto a nivel bilateral como regional.*

Es importante potenciar y consolidar el trabajo para intercambiar información; habilitar vías de migración ordenadas, seguras y

regulares; y cooperar en la implementación de políticas de seguridad y control fronterizo.

6. Conclusiones

El Proyecto de Ley Boletín N° 15.261-25 propone modificar la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, tipificando el delito de ingreso clandestino al territorio nacional. Su objetivo principal es reforzar las capacidades del Estado para el control fronterizo y la regulación migratoria, en un contexto de alta migración irregular. Este informe examina el proyecto desde dos perspectivas: la compatibilidad con las obligaciones internacionales de derechos humanos y la efectividad de sanciones penales para reducir la migración irregular.

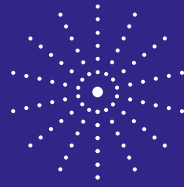
En materia de DDHH y legalidad, el informe destaca los límites del derecho de los Estados a controlar sus fronteras. En este sentido, la tipificación del ingreso clandestino arriesga vulnerar derechos de las personas migrantes y, por lo tanto, que Chile incurra en responsabilidad internacional. Especial preocupación existe en relación a los riesgos de vulnerar el derecho a la libertad personal y la protección contra la detención arbitraria. Respecto a la protección de refugiados, el proyecto de ley podría dificultar el derecho a buscar asilo y aumentar el riesgo de vulnerar la prohibición de devolución.

En cuanto a la efectividad de la sanción penal al ingreso irregular, la experiencia de países extranjeros sugiere que estas políticas son poco efectivas y generan consecuencias adversas. Ejemplos de Estados Unidos, Italia y Francia muestran que la criminalización de la migración irregular no reduce significativamente los flujos migratorios irregulares y genera efectos no deseados, como el aumento

de redes de tráfico de personas y la precarización de migrantes. En Chile, antes de la Ley N° 21.325, la criminalización del ingreso clandestino bajo el DL 1.094 no disminuyó los ingresos irregulares y resultó en un bajo número de condenas efectivas.

En el informe se plantean dos líneas principales de recomendaciones. En primer lugar, rechazar el proyecto de ley Boletín 15.261-25, lo que supone no tipificar el ingreso clandestino como delito debido a su baja efectividad práctica, alto costo económico e institucional y su impacto negativo en derechos humanos. En segundo lugar, se plantean alternativas para reducir la migración irregular: seguir fortaleciendo el control fronterizo, pero con pleno respeto a DDHH de personas migrantes y abriendo vías de migración regular; fiscalizar y sancionar a empleadores que contraten a migrantes sin permiso de trabajo; aplicar sanciones administrativas en lugar de sanciones penales; potenciar el desarrollo en los países de origen; y reforzar la colaboración a nivel bilateral y regional.

La tipificación del ingreso clandestino como delito no es una medida viable ni efectiva para enfrentar la migración irregular en Chile. Es fundamental adoptar un enfoque integral acorde con las obligaciones de DDHH de las que Chile es parte, y que aborde las causas profundas de la migración, promoviendo vías regulares y seguras de migración, que vayan de la mano con control fronterizo y sanciones administrativas efectivas.



Centro
de Políticas
Migratorias