



Universidad de Valparaíso, Chile  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho



**¿SATISFACE EL DELITO DE INGRESO CLANDESTINO AL TERRITORIO NACIONAL CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 69 DEL DECRETO LEY 1094, DEL AÑO 1975, LAS CONDICIONES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL ADECUADA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA?**

Tesina de la carrera de Derecho

Autores: **María Paz Berríos Molina**

**Diego Hernández Hernández**

Profesor Guía: **José Luis Guzmán Dalbora**

Año de publicación: **2013**

# ÍNDICE

	Páginas
<b>INTRODUCCIÓN.</b>	4
<b>CAPÍTULO I – CARACTERIZACIÓN DEL FENÓMENO DE INMIGRACIÓN.</b>	
1. Noción histórica del fenómeno de inmigración.	5
2. Delimitación del concepto.	11
3. Cooperación en la esfera de la migración internacional y su desarrollo.	22
<b>CAPÍTULO II - ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN PENAL DE LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.</b>	
1. Análisis de la situación jurídica de extranjería en el derecho comparado.	35
1.1 España.	35
1.2 Reino Unido.	36
1.3 Francia.	39
1.4 Alemania.	41
1.5 Italia.	43
1.6 Argentina.	47
1.7 México.	50
1.8 Brasil.	52
1.9 Perú.	53
1.10 Chile.	54
2. Comparación global de las legislaciones antes señaladas y Chile.	55

### **CAPÍTULO III - ANÁLISIS CRÍTICO DEL DELITO DE INGRESO CLANDESTINO EN CHILE, ARTÍCULO 69 DECRETO LEY 1.094.**

1. Análisis del delito. Elementos y apreciaciones.	60
1.1 Sujeto activo.	60
1.2 Sujeto pasivo.	61
1.3 Núcleo o verbo rector.	62
1.4 Delito de acción.	62
1.5 Objeto del delito.	62
1.6 Dolo.	63
1.7 Adjetivo “clandestinamente”.	63
1.8 Íter criminis.	64
1.9 Autoría y participación.	64
1.10 Penalidad del delito.	64
2. Ausencia de bien jurídico.	67
3. Administrativización de la justicia penal.	72
4. Subordinación de la justicia penal a la política migratoria.	87
5. ¿Política migratoria o control político?	90
<b>CONCLUSIONES.</b>	92
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	97

## **INTRODUCCIÓN.**

Desde que comenzaron las grandes migraciones a causa de la revolución industrial que experimentaba el mundo, las políticas migratorias han sido un tema de gran relevancia en las carteras administrativas de las diversas naciones. Pero es hoy en día, cuando ya ha alcanzado ribetes mayores, tanto a nivel supranacional, con numerosos tratados que buscan dar una especie de regulación y protección a quienes forman parte de este fenómeno, como también a nivel estatal, donde tenemos el ejemplo de Europa, lugar donde actualmente se vive una intensa disputa en contra de la inmigración clandestina, la cual ha llevado a mezclar cada vez más el Derecho penal con este tipo de políticas públicas, llegando en muchos casos a regulaciones tan extremas que no dejan de ser sorprendentes.

En ese sentido, y a la luz de una ley de dudosa procedencia, debido al período de inestabilidad política en la que fue dictada, y sumado al hecho de la prosperidad económica actual, es que Chile no es un ente ajeno a las problemáticas sociales derivadas del fenómeno migratorio. Con una población de inmigrantes que va en aumento, y con una Ley de Extranjería que sanciona punitivamente situaciones que son más bien de índole administrativa, es que entraremos a analizar cómo es posible dar un sustento lógico y razonable a este tipo de normas, y bajo qué supuestos resulta justificable su existencia; centrados específicamente en el artículo 69 del Decreto Ley 1.094, que pena el ingreso clandestino a territorio nacional.

Para esto, en el primer capítulo, expondremos ciertos conceptos claves en relación al fenómeno migratorio, además, de una recopilación global de los principales tratados y sistemas de protección de este fenómeno en el Derecho internacional. Luego daremos lugar al análisis comparativo con algunos ordenamientos jurídicos en materia de política migratoria de Europa y América, a modo de tener una idea general de las diversas formas a través de las cuales ha sido abordado el tema de la inmigración clandestina, incluyendo a Chile. Por último, en el tercer capítulo, se realizará un análisis del tipo concreto que forma parte central de esta investigación. Estudiando sus elementos, el bien jurídico tutelado, la relación entre el Derecho penal y el administrativo, y si efectivamente este Decreto Ley, específicamente en el artículo 69, satisface la situación actual de las políticas migratorias a nivel internacional.

## CAPÍTULO I

### CARACTERIZACIÓN DEL FENÓMENO DE INMIGRACIÓN.

#### **1. Noción histórica del fenómeno de inmigración.**

La migración de los seres humanos es un fenómeno mundial y está presente en todas las épocas de la historia y en todas partes de nuestro planeta.

Los historiadores reconocen que los flujos migratorios son vectores importantes del cambio social, económico y cultural. El cambio social es un impacto importante y perdurable que la migración ha tenido en todos los países de destino, éstos han evolucionado hacia sociedades multiculturales, una consecuencia apropiada y deseable para algunos, como indeseable y sujeto de amplios debates para otros.

“Este fenómeno, actualmente, está siendo enfrentado por los gobiernos con la intención de encauzar la migración, debido a que la conducta migratoria se hace más y más prevaeciente y globalizada, ya que si para 1965 había unos 75 millones de migrantes alrededor del mundo, para el 2002 el número ha crecido a 175 millones”<sup>1</sup>.

Todos los países del mundo están conscientes en que la migración es una de las fuerzas históricas que han modelado el mundo, que es parte de la conducta humana. Es por esto que constituye un fenómeno demográfico sumamente complejo que responde a causas diversas y muy difíciles de determinar, en especial debido al tema de las migraciones irregulares, o bien, disfrazadas de actividades turísticas o de otra índole. Esto ha hecho que los datos cuantitativos sean difíciles de obtener, especialmente en el caso de los países con menor desarrollo.

Se trata de un proceso dinámico que tiene carácter multifactorial, el origen de este fenómeno no puede atribuirse a una sola causa exclusivamente, sino a múltiples factores que interactúan y coadyuvan a la existencia y expansión del mismo. En un principio los cambios climáticos mayores fueron el factor principal de los flujos migratorios a gran

---

<sup>1</sup> OIM, Organización Internacional para las Migraciones: “Migración e historia”, sec. 1.3, vol. 1, pág. 4.

escala, en Europa, por ejemplo, hubo movimientos hacia el sur para escapar de la extensión de las capas de hielo durante los periodos de glaciación, y migración de retorno hacia el norte después del derretimiento de los glaciares. Todas estas transferencias de población ayudaron a moldear el mundo moderno produciendo cambios profundos y duraderos en los estilos de vida, idioma y cultura, estructuras sociales, económicas, y sistemas políticos y administrativos.

Los historiadores coinciden en que un punto crucial en la historia de la migración ocurrió hace 500 años aproximadamente con los viajes realizados por los exploradores europeos y que llevaron inicialmente al descubrimiento de “nuevos mundos”, tales como las Américas y Asia, y después al desarrollo de esfuerzos coloniales. El descubrimiento de nuestro país fue realizado como consecuencia de intenciones mercantiles y estratégicas, que produjo migración de la población europea. Y es así que conforme a las necesidades de la producción que se incrementaron en las nuevas colonias y la escasez de mano de obra, que fue cubierto con el desarrollo de una completamente nueva clase de migración internacional: el comercio de esclavos.

Luego de la abolición del comercio de esclavos a mediados del siglo diecinueve, emergió otro sistema de migración laboral, el trabajo contratado, que a pesar de ser trabajadores que habían aceptado un contrato por un período determinado, en la práctica no tenían condiciones laborales muy distintas a las de un esclavo, incluso peores.

Otro hito importante en la historia de las migraciones fue la Revolución Industrial, que trajo consigo nuevas tecnologías industriales, la mecanización de los medios de producción y la consolidación de la actividad industrial que contribuyeron al desplazamiento de un gran número de personas.

La fundación de los marcos administrativos y legales de la inmigración moderna estuvo sustentada en este período. “El primer estatuto sobre inmigración general en los Estados Unidos fue aprobado por el Congreso en 1882 y reflejó un claro deseo por identificar con el más alto grado de precisión posible a aquellos que podrían y aquellos que no podrían entrar al país”<sup>2</sup>. Los criterios para el ingreso fueron diseñados y la Ley prohibió

---

<sup>2</sup> Ídem, pág. 12.

específicamente el ingreso de convictos, personas enfermas, y personas que podrían convertirse en una carga pública. Esta ley sirvió de base para la legislación de Australia y Canadá.

El periodo entre las dos Guerras Mundiales fue uno de migraciones internacionales reducidas debido al estancamiento económico y en parte, al clima general de incertidumbre e inseguridad. Este clima de hostilidad, en el cual los extranjeros eran una amenaza para el trabajador local, provocó que los gobiernos introdujeran legislaciones en las que se autorizaba un estrecho control sobre los procedimientos de entrada, restringiendo posibilidades de empleo para extranjeros e introduciendo estrictos castigos en contra del empleo de migrantes irregulares.

De todas formas, hubo países como Estados Unidos, Canadá, Australia y Argentina, que vieron la migración como una forma apropiada para incrementar su población y así incrementar la capacidad de su fuerza de trabajo en un momento en que deseaban tomar completa ventaja del auge económico posguerra. De ahí que gran parte de las personas desplazadas por la Segunda Guerra Mundial tomaron ventaja de los programas de migración establecidos por ellos. Se desarrolló una industria de la migración que consistía en facilitar y promover la migración a esos países, se subsidiaba el transporte, se construyeron centros de recepción y se establecieron programas de capacitación laboral y de adaptación a una nueva vida. Al menos por dos décadas después del fin de la guerra, los programas se basaron exclusivamente en la voluntad de los europeos por separarse del ambiente afectado por la guerra y comenzar una nueva vida en el extranjero, configurando un modelo restrictivo a la migración de otras partes del mundo. El fenómeno de migración seguía latente en todo el mundo, por lo que a mediados del 1970, los programas se concentraban menos en el origen étnico de los solicitantes y más en sus cualidades, habilidades y experiencia laboral.

Hasta el final de la Primera Guerra Mundial, los asuntos migratorios eran abordados por los Estados de manera nacional o bilateral, pero luego fueron tomando un enfoque multilateral. Durante 1920 y 1930, la Liga de las Naciones se convirtió en un foro de elección para la discusión, diseño e implementación de acción para encontrar soluciones duraderas para aquellos que fueron desplazados al final de la Primera Guerra Mundial. En

1938 se estableció el Comité Intergubernamental sobre Refugiados con el objetivo de asistir a las minorías perseguidas que escapaban de Alemania y Austria. Seguido por la Administración para la Rehabilitación y el Apoyo de las Naciones Unidas. En 1951, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), llevó a cabo una conferencia internacional sobre migración en la cual se recomendó el establecimiento de un mecanismo internacional para facilitar los movimientos migratorios fuera de Europa. Actualmente, todos los gobiernos muestran voluntad para reconocer a la migración como una característica inevitable de nuestro mundo contemporáneo y coincidir en la necesidad de la cooperación internacional para encauzarla de manera efectiva<sup>3</sup>.

La crisis petrolera en 1974 y la recesión económica global que le siguió tuvieron un impacto considerable en las políticas sobre migración, disminuyendo la demanda de migrantes en países receptores que no estaban ya experimentando crecimiento económico, implementando programas y procedimientos mucho más restrictivos y selectivos de migrantes.

En 1994 en el Cairo, la comunidad internacional buscó, por primera vez, desarrollar un modelo integral para gestionar la migración. Se creó el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que señaló una serie de orientaciones de política que incluye derechos de los migrantes, el desarrollo de programas de migración ordenada, la prevención de la trata de migrantes, la reducción de las causas de la migración no deseada, la promoción del desarrollo potencial de la migración, y la necesidad de cooperación entre países en la gestión exitosa de la migración, siendo esta la primera de muchas iniciativas para mejorar el entendimiento global y la cooperación en la migración internacional<sup>4</sup>.

En cuanto a las migraciones hacia Chile, debemos afirmar, que mantienen en general los mismos patrones que en el resto del continente. De esta forma se pueden diferenciar tres momentos históricos. Un primer momento relacionado con la llegada de

---

<sup>3</sup> Rojo Torrecilla, Eduardo, “Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas”, en *Jueces para la Democracia*, n° 44, 2002, cfr. págs. 54-58.

<sup>4</sup> OIM, sec., vol., cfr. pág. 20.

inmigrantes de países fuera de la región, el cual alcanza su punto más alto entre 1870 y 1910, comenzando a decaer en los cincuenta.

Un segundo momento está dado por la primacía de las migraciones provenientes de países de la región, el que estaría experimentando su punto más alto en estos momentos. Y el tercer momento, vendría siendo la emigración hacia Estados Unidos y otros países desarrollados, el cual comienza con mucha fuerza en el 1960 y que por diversos motivos se mantiene hasta el día de hoy. Es importante destacar que estos últimos dos momentos en la historia migratoria de América Latina son los que han enmarcado las migraciones de los chilenos en las últimas décadas.

En la década de los sesenta comenzó un flujo migratorio importante de chilenos hacia países desarrollados, como Estados Unidos, Canadá y Australia, y hacia otros países de la región que se encontraban en pleno crecimiento, como Venezuela o Argentina. Esta migración de características económicas tuvo un fuerte cambio después del Golpe de Estado de 1973, cuando casi un millón de personas tuvo que dejar el país tanto por motivos políticos, como por motivos económicos producto de los ajustes estructurales de principio de los ochenta. De esta forma, los principales lugares de destino fueron, además de los países anteriormente mencionados, Suecia, Francia y algunos países de Europa Oriental. Con el retorno a la democracia vendría a producirse el fenómeno contrario, donde vuelven aproximadamente un tercio o un cuarto de los exiliados.

A partir del año 1995, afligido por las desigualdades económicas entre Chile y los países vecinos, se produce una nueva corriente migratoria hacia el país, la cual se caracteriza por su elevado número y por los lugares de origen de los migrantes. En este período llegaría mucha gente de Argentina, Perú, Bolivia, Ecuador, Cuba, entre otros; y se caracteriza por ser tanto de individuos que vienen a trabajar en sectores tales como la construcción o el trabajo doméstico, pero además llegarían muchos profesionales, de los cuales una parte importante de éstos tienen calificaciones superiores a las necesitadas en sus trabajos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Ídem, cfr. págs. 1-5.

En la última década, Chile reportó un aumento sostenido de inmigración de personas provenientes principalmente de otros países de América Latina y el Caribe. Los ciudadanos peruanos son el grupo mayoritario, seguido por Bolivia, Colombia, Argentina y Ecuador. Se estima que la población migrante es de alrededor de 370.000 personas, concentradas principalmente en zonas urbanas<sup>6</sup>.

“A pesar del crecimiento de la población de inmigrantes Chile nunca ha tenido políticas claras de inmigración. Éstas han sido más bien producto de coyunturas sociales y han estado marcadas, según se desprende de documentos oficiales, por consideraciones racistas que tenían como fin dotar al país de una estructura cultural, social y económica superior”<sup>7</sup>.

Actualmente existe el Decreto Ley N°1094 de 1975, Ley de extranjería, el Decreto Supremo N°597 de 1984 y el Reglamento de Extranjería. Esta normativa regula los flujos de extranjeros que vienen al país.

Ahora, respecto al tráfico de personas y la inmigración clandestina más precisamente, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) ha afirmado que la trata de seres humanos es una respuesta oportunista a las tensiones entre la necesidad económica de emigrar y las restricciones de orden político que se oponen a ellos<sup>8</sup>. Se ha convertido en un fenómeno difícil de cuantificar y por consiguiente de crear una lucha efectiva contra los delitos que se configuran alrededor de este fenómeno.

Hoy en día se trata de una nueva forma de delincuencia que ha hecho de la gestión de los movimientos migratorios un rentable negocio a costa de aprovecharse y explotar a las personas más necesitadas y vulnerables del mundo.

El tráfico ilegal de personas es un fenómeno horrendo y aborrecible, cada vez más preocupante y en continuo aumento. En la actualidad este fenómeno se encuentra en la “segunda era de la migración”. “Se trata de la internacionalización de la mano de obra en la

---

<sup>6</sup> Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2012”, Chile, 2012, pág. 161.

<sup>7</sup> OIM, Organización Internacional para las Migraciones, “Las migraciones internacionales: Análisis y perspectivas para una Políticas Migratoria”, documento de trabajo #2, Santiago, 2003, pág. 6.

<sup>8</sup> Pérez, Esteban J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, cfr. pág. 59.

economía globalizada, tras la profunda transformación del modelo de producción fordista. El tráfico ilegal de personas es, por tanto, una consecuencia más de la globalización económica. Pero, sin duda alguna su principal causa es la pobreza y la extrema desigualdad existente entre los seres humanos que ocupamos temporalmente el planeta, junto a la avaricia y codicia desmedida de los hombres”<sup>9</sup>.

## 2. Delimitación del concepto.

El ser humano es un ser migrante, frecuentemente se ha cambiado de sitio de residencia en busca de otro lugar donde subsistir. No obstante, con los acontecimientos históricos, este acto ha ido adquiriendo connotaciones distintas hasta obtener las acepciones que hoy en día lo identifican, en particular, la definición de *efecto o acción de pasar de un país a otro para establecerse en él*<sup>10</sup>.

Actualmente, se da el nombre de “migraciones” o de “movimiento migratorio” al desplazamiento, con traslado de residencia de los individuos, desde un lugar de origen a un lugar de destino o llegada y que implica atravesar los límites de una división geográfica<sup>11</sup>.

De esta definición se desprende que las migraciones son un movimiento realizado por las personas, es decir, se trata de un proceso social, ya que al hacerlo, los sujetos acarrearán una “mochila” llena de elementos personales tales como el idioma, historia, familia o cultura propia. Además, vale la pena mencionar que respecto al cambio de residencia, esto ha ido mutando últimamente, ya que antes las migraciones eran fenómenos de larga duración, donde el cambio de residencia era total y el proceso migratorio terminaba con la muerte del individuo, y en ese aspecto a la gran mayoría de los migrantes no les era posible volver a su lugar de origen, pero esto hoy en día ha cambiado notablemente.

---

<sup>9</sup> Ídem, pág. 39.

<sup>10</sup> Machín Álvarez, Macarena, “Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural”, 2001, págs. 9-10. [http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe\\_migrantes\\_final\\_editado1.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_migrantes_final_editado1.pdf)  
Fecha última de consulta: 06 de Diciembre de 2013.

<sup>11</sup> OIM, op., vol. 2., cit., pág. 1.

Respecto al cruce de frontera, éste es un elemento necesario para que se realice la migración, donde si bien la definición menciona un cruce de frontera, lo que actualmente interesa es que esa división sea política, ya que la migración es un fenómeno internacional.

En cuanto a las razones que comandan las migraciones están relacionadas principalmente con la búsqueda de la satisfacción de una necesidad, ya sea una seguridad física o psíquica, un mejor pasar económico, libertad de pensamiento, entre otros.

El fenómeno migratorio ha sufrido importantes cambios a fines del siglo XX por diversos factores. En primer lugar, cabe señalar el gran cambio que ha experimentado la distribución de las migraciones, esto se debe principalmente a la disminución en los costos de los transportes, lo cual ha implicado un cambio en las características de los migrantes, aumentando su número en términos absolutos. Este cambio es el que ha permitido que las migraciones se conviertan en un fenómeno global, en el cual todos los países están involucrados, ya sea como países de envío, recepción, tránsito, o una combinación de éstos. En segundo lugar, la duración de las migraciones también ha experimentado un notable cambio, ya que la movilidad poblacional es por períodos de tiempo más cortos, estando, por tanto, siempre presente la posibilidad de volver al país de origen. También ha variado en cuánto a los componentes demográficos, culturales y económicos asociados al fenómeno, observándose una feminización en esta clase de movimientos. Además, se observa una mayor cantidad de Estados receptores que están tendiendo a convertirse en Estados pluriculturales, en los cuáles existe la peculiaridad que los propios migrantes están impregnándolos de sus propias identidades culturales, manteniéndolas en el Estado receptor. Por otro lado, se observa una mayor participación de los inmigrantes en la economía, mediante lo que se conoce como “negocios étnicos”. Estos dos últimos componentes han dado pie para que se comience a hablar de movimientos transnacionales o de transnacionalismo migratorio, esto quiere decir, movimientos migratorios que mantienen una presencia fuerte tanto en el lugar de origen como en el lugar de destino<sup>12</sup>.

Producto de que las migraciones se han convertido en un fenómeno globalizado han surgido rentables negocios a costa de aprovecharse y explotar a las personas más

---

<sup>12</sup> Ídem, cfr. págs. 2-3.

necesitadas y vulnerables del mundo generando una forma moderna de esclavitud: el tráfico ilegal de seres humanos.

Es por este constante aumento que las Naciones Unidas han contribuido al concepto y tipificación del contrabando de inmigrantes, y la Unión Europea ha abordado la entrada, tránsito y permanencia ilegal de inmigrantes.

Pese a la importancia reconocida a la concreción y aplicación de los conceptos internacionales y europeos sobre el tráfico ilegal de personas, hay que reconocer la complejidad de la delimitación conceptual, esto se debe a que estamos frente a un fenómeno complejo y multifactorial, que hace difícil fijar los conceptos con claridad y uniformidad. Además, la dificultad es mayor por el dinamismo del fenómeno que hace que no exista una realidad predeterminada de antemano o inamovible, susceptible de ser calificada jurídicamente de una determinada manera. Todo ello hace que la concreción del concepto genérico de tráfico ilegal de personas, así como la delimitación de los conceptos de inmigración clandestina y trata de seres humanos se han intentado llevar a cabo aplicando muy diversos criterios. Entre ellos, cabe destacar: a) el que atiende a si la entrada en el país de destino ha sido legal o ilegal, o si la estancia se hace en situación regular o irregular; b) el que atiende a la finalidad perseguida por el traficante, si actúa por interés económico o si lo hace por razones humanitarias; c) el que atiende a la voluntad o no de la persona a la hora de llevar a cabo el traslado de un lugar a otro; d) el que atiende al papel que desempeña la víctima en relación a los delincuentes que gestionan el tráfico; e) el que atiende al componente geográfico, es decir, si el tráfico es de carácter internacional o si se trata de un tráfico local o interno; f) el que atiende a las modalidades de tráfico; g) a los sujetos afectados, etcétera<sup>13</sup>. Todos estos criterios no tienen virtualidad delimitadora por sí solos; sólo se cumplirán en la medida que puedan ser utilizados conjuntamente para delimitar y completar los conceptos de inmigración clandestina plasmados en los instrumentos internacionales.

Para evitar confusiones hay que proceder a la diferenciación conceptual entre inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes y trata o tráfico de seres humanos. La diferencia esencial se debe al factor fuerza, coacción o engaño en todo el proceso o en

---

<sup>13</sup> Pérez, Esteban, op. cit., pág. 153.

alguna etapa de él y con fines de explotación presente en la trata de personas y no en el contrabando de personas.

El concepto más importante y universalmente válido de inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes se recoge en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados en el año 2000<sup>14</sup>, que en su preámbulo advierte la necesidad de adoptar un enfoque amplio e internacional para prevenir y combatir eficazmente el tráfico de migrantes. El protocolo da una definición de tráfico ilícito de migrantes al mismo tiempo que lo tipifica junto a otras conductas favorecedoras o relacionadas con él.

El concepto está definido en el art. 3 del protocolo. Se entiende por tal “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, beneficio financiero y u otro tipo de beneficio de orden material”.

Las definiciones de los Protocolos de Naciones Unidas dejan claro que el tráfico va unido a la ayuda para el cruce de fronteras y la entrada ilegales. El tráfico, por lo tanto, siempre tiene un elemento transnacional.

Se reconoce en el concepto de inmigración clandestina su componente transnacional necesariamente, en el sentido de que el inmigrante ha de trasladarse de un país a otro. Además, la inmigración presupone la libre voluntad e incluso la iniciativa del inmigrante, donde no es necesaria la presencia de fuerza, coacción o engaño en el proceso como en la trata de personas. Tampoco requiere de la explotación del inmigrante como finalidad y en muchas legislaciones la inmigración clandestina está guiada por el propósito de obtener ganancias del contrabando de inmigrantes, aunque también cabe una ayuda por razones humanitarias. La comisión de este delito supone la entrada o la estancia irregular en el país de destino, vulnerando la política migratoria del Estado receptor, afecta la seguridad del Estado, en particular, al interés estatal en el control del tránsito fronterizo de personas. Y,

---

<sup>14</sup> Ídem, pág. 157.

muchas veces los migrantes traficados tienen la consideración legal de “objeto” del tráfico, no como víctimas, tipo de consideración en la trata de personas<sup>15</sup>.

Ahora, en el ámbito de la Unión Europea, el concepto más importante de inmigración clandestina, se ha recogido en la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, se entiende por tal “las acciones destinadas a facilitar deliberadamente, con fines de lucro, la entrada, la estancia o el trabajo en el territorio de los Estados miembros de Unión Europea, con incumplimiento de las reglamentaciones y las condiciones aplicables en los Estados miembros”<sup>16</sup>.

Respecto a las migraciones y los derechos humanos, actualmente se han definido cuatro derechos básicos de los migrantes. El primero de ellos es el derecho a no migrar. El segundo es el derecho a la libre movilidad. El tercero es el derecho a la justicia social y laboral y el cuarto es el derecho a la identidad cultural<sup>17</sup>.

“En la actualidad nuestra cultura ha olvidado los orígenes poco luminosos de la ilustración jurídica y de los derechos universales. Aquellos derechos – peregrinandi, migrandi, degendi – fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración de los indios hacia Occidente, y servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por parte de nuestros jóvenes Estados Nacionales. Hoy la situación se ha invertido. La reciprocidad y la universalidad de aquellos derechos ha sido negada. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía, exclusivos y privilegiados, a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. Por este motivo, de su efectiva universalización dependerá en el futuro próximo la credibilidad de los valores de Occidente: la igualdad, los derechos de la persona, la propia ciudadanía”<sup>18</sup>.

El principal derecho de los migrantes es el derecho a no migrar, aunque podría sonar bastante contradictorio. Este derecho se basa en que las migraciones son producidas

---

<sup>15</sup> Ídem, pág. 56.

<sup>16</sup> Ídem, pág. 167.

<sup>17</sup> OIM, ops., vol., cit. pág. 3.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 118.

generalmente por causas que presionan a las personas a moverse, y que el costo asociado a éstas muchas veces resulta negativo para aquel que emigra. Por lo tanto, vendría siendo el derecho que tiene toda persona a permanecer en el lugar donde habita y a desarrollar su vida económica y social sin necesidad de trasladarse a otra parte para mantener una sobrevivencia digna<sup>19</sup>.

El segundo derecho, opuesto al tratado anteriormente, es aquel que deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual propone que todo individuo tiene el derecho de dejar su país y que además puede volver a éste libremente. Este es un tema relacionado con la soberanía nacional y se discute bastante. Principalmente el hecho de que si los individuos pueden dejar su país; entonces, por extensión, deberían poder entrar a cualquier país. El gran fundamento de esto es que los derechos naturales e inalienables de las personas están por encima de cualquier sistema político. Frente a la declaración de que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, hay autores que sugieren la influencia nociva que ha tenido para la libertad de tránsito el concepto de ciudadanía, en la medida en que dicho concepto se utiliza para diferenciar entre las personas respecto de la titularidad de derechos fundamentales<sup>20</sup>. Ante esto Ferrajoli señala que “la exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales: (es) alcanzar – sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías – un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como status privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal”<sup>21</sup>.

El tercer y cuarto derecho se relaciona con el migrante que ya se encuentra en el país de acogida, y de esta forma, se sostiene que éste tiene los mismos derechos que los nacionales del país en cuanto a la justicia, al ingreso al mercado laboral y a los servicios sociales, y además se les debe permitir mantener su cultura.

---

<sup>19</sup> OIM, ops. vol., cfr. pág. 3.

<sup>20</sup> Carbonell, Miguel, “La universalidad de los derechos tomada en serio: 60 años de frustraciones y esperanzas”, en *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Ad Hoc, pág. 539.

<sup>21</sup> Ferrajoli, op., ed. cit., pág. 119.

Estos cuatro grandes derechos están recogidos en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990. Si bien Chile firmó esta convención, aún no la ha ratificado<sup>22</sup>.

Es importante destacar que el proceso migratorio cobra una importancia sin igual en el marco de globalización que vive el mundo, y por lo mismo, debe abordar una perspectiva renovada, viéndose ya no como un proceso residual, sino que como un proceso fundamental para el desarrollo de un país. De ahí, que es necesario que los Estados definan una política pública alrededor del proceso migratorio, de manera que no se contraponga los intereses de los Estados con los reales patrones existentes dentro del modelo aplicado de integración, desarrollo y cooperación regional. Es así, que la nueva mirada del proceso migratorio debe contemplar dos visiones: la del Estado y la de la sociedad civil a partir cada una de las instancias migratorias.

De esta forma, el debate se centra entonces entre una política restrictiva a las migraciones o la apertura a ellas, cada una con distintos matices.

Por un lado, las políticas restrictivas implican el cierre de fronteras para el paso de los extranjeros al país, siendo una política generalmente unilateral y la cual va en contra de los procesos de integración de la región. Además, más que disminuir la migración, estas políticas redundan en el mantenimiento de la migración y hasta en una intensificación de sus formas indocumentadas, fomentando en situaciones extremas, la proliferación de instancias clandestinas que redundan en el lucrativo negocio del tráfico de migrantes, generando de esta forma un mercado negro de trabajo, el cual sí atentaría contra el propio trabajo de los nacionales, ya que al ser ilegal debe aceptarse un precio más bajo, cosa que suena bastante tentadora para cualquier empleador que quiera minimizar los costos de producción, y de esta forma, obtener mayores ganancias.

Muchas veces, la consecuencia de estos problemas es que los demás países también tomen una política restrictiva frente a los nacionales que quieren salir del país. También este tipo de política podría trascender al plano de la movilidad de productos, lo que

---

<sup>22</sup> OIM, op., vol., cfr. pág. 4.

resentiría aún más las oportunidades de prosperidad de los nacionales, ya que se contribuiría al contrabando.

Por el otro lado, las políticas de puertas abiertas a la movilidad de personas ampliarían las perspectivas de integración y de los mercados laborales tanto hacia dentro, esto es, para los extranjeros que llegan al país, como hacia afuera, para los nacionales que pueden buscar empleos en el exterior. De esta forma, la opción que presenta mayores ventajas es este tipo de política, la cual no debe entenderse de ningún modo como una desregulación total del fenómeno migratorio, sino que debe entender el rol del Estado como un garante a través de la política pública, tanto de los derechos de la sociedad nacional, como de los derechos de los migrantes. Es así, como la política migratoria pública, a través de sus distintas instituciones y organismos, entrará a regular y conducir los flujos migratorios, reconociendo la potencialidad de estos fenómenos como generadores del desarrollo<sup>23</sup>.

La gran preocupación en cuanto a políticas migratorias está en la impotencia que produce el querer desarrollar políticas que no son gobernables por carecer de legitimidad, ya que se contradicen notablemente con principios morales y económicos asumidos internacionalmente. Las cuales, además, han demostrado una profunda falta de eficacia por el irrealismo que significa pretender manejar un problema macroeconómico social, sólo con medidas internas de seguridad, con un gran ámbito de vaguedad de información para definir las políticas y, asimismo, ineficiencia en la gestión administrativa migratoria<sup>24</sup>.

Respecto a esto último, es importante destacar que mientras mayor control del fenómeno perciba la población nacional, menor temor se generará alrededor de ellas. Y, mientras el Estado plantee políticas no reactivas, sino que proactivas respecto al fenómeno, se preparará de mejor manera para los años venideros, y de esta forma, la aceptación de la migración sería mucho más factible. Esto lleva a deducir que la política migratoria, en cuanto abierta, debe ser dirigida y declarada diligentemente por el Estado, el cual debe procurar mantener informada a la población, debe controlar los flujos proactivamente y, además, debe establecer políticas y decisiones que fomenten la cooperación regional que no

---

<sup>23</sup> Ídem, cfr. pág. 7.

<sup>24</sup> OIM, op., vol 2., cit. pág. 8.

pugnen con los valores morales y culturales establecidos internacionalmente. Un tema central para la formulación e implementación de una política pública adecuada en el campo de las migraciones dice relación con los derechos humanos de los migrantes y de sus familias, la cual debe ser la directriz central de toda formulación política.

No se puede tener una visión voluntarista de las migraciones, no se pueden emitir juicios respecto si eso está bien o mal, debido a que siempre va a haber sectores más perjudicados y otros beneficiados con las migraciones y las medidas que adopte cada Estado, ya que existen diferentes impactos de las políticas migratorias en las sociedades, tanto en las receptoras, como en las expulsoras.

En cuanto a las sociedades receptoras, las inmigraciones afectan todas las variables dentro de la cadena económica; es ahí donde se genera una gran dificultad para ponderar hasta qué punto la migración beneficia o afecta el desarrollo económico y social. Debido a esta dificultad, es que existen diversas posturas respecto al tema, donde una hipótesis bastante aceptada señala que las migraciones, al aumentar los recursos del país en mano de obra, producen el efecto de aumentar el producto total del país, y de esta forma, se fortalecería el mercado interno. La postura opuesta, en cambio, señala que la inmigración sería negativa toda vez que las remesas que los migrantes envían a sus países de origen, son de una gran magnitud, lo que perjudica las divisas del país receptor.

Respecto a las sociedades expulsoras, el impacto que puede tener en la estructura socio económica puede ser favorable o negativa. Un efecto favorable tiene relación con el desempleo y el subempleo y también se observa en la circulación de dinero que producen las remesas a las economías de los países expulsores. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en las migraciones no sólo se va del país el potencial humano menos calificado, sino que también aquel que está bien calificado, siendo este el principal problema para el desarrollo tecnológico de los países en desarrollo, lo que termina redundando en un problema de índole social, toda vez que al emigrar el personal humano mejor calificado, quedan una serie de actividades que van dirigidas al bienestar social sin personas que lo dirijan<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ídem, pág. 12.

Actualmente se considera a las políticas migratorias como un componente importante en la formulación de la política exterior, ya que las relaciones internacionales ayudan a dar forma a la migración internacional. Además, las migraciones pueden ser usadas como objetivo para fortalecer e influenciar la política exterior de un país, así como las leyes internas en relación con éstas.

Sin embargo, las políticas restrictivas, e incluso permisivas u otros factores legales e institucionales, a veces de dudosa constitucionalidad, nos podrían conducir a la clandestinización y a la marginalización del inmigrante irregular<sup>26</sup>. Los efectos son preocupantes, ya que pueden suponer el incremento de la inmigración clandestina, de las estancias irregulares, el afianzamiento de bolsas de marginación de los inmigrantes clandestinos y perseguidos por tal condición, la imposibilidad de acceso al mercado laboral de los inmigrantes, guiándoles, en el mejor de los casos, a la economía sumergida en la explotación personal, laboral y sexual; y conduciéndoles, en el peor de los casos, a un engranaje de delincuencia para subsistir. Es por ello que hace más de un siglo encontramos importantes instrumentos que proscriben y pretenden erradicar el tráfico ilegal de personas en sentido amplio que engloba la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes y la trata o tráfico de personas.

Por último, es necesario hacer la diferenciación contemplada en distintos códigos penales de la situación del inmigrante. El Código penal español contempla el tipo básico de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el art. 318 bis. 1 CP, el cual prohíbe penalmente dos conductas delictivas diferentes, la promoción o favorecimiento de la trata o tráfico de personas, que no es objeto de análisis en éste estudio, y la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina.

A diferencia de lo que sucede en Chile, el Código penal español considera como sujeto activo a cualquier persona que lleve a cabo la conducta típica, o sea, comete delito quien promueve o favorece la entrada clandestina de un tercero. Por lo tanto, el inmigrante o persona sobre quien recae la acción típica no puede ser sujeto activo del delito, sino que es sujeto pasivo, lo que significa que su comportamiento es impune desde la perspectiva del Derecho penal. En el ordenamiento jurídico penal español no se castiga al inmigrante

---

<sup>26</sup> Pérez, Esteban, op. cfr. pág. 87-88.

que logra entrar o permanecer de forma irregular en el país, a diferencia de lo que sucede en otros países, como Francia y Alemania, en donde la prohibición penal de la inmigración clandestina también alcanza al propio inmigrante y no sólo a los que realizan los actos de ayuda o gestión de la inmigración ilegal. Esta es la situación que más llama la atención del sistema jurídico penal chileno, el DL 1094 en su artículo 69 condena al inmigrante por la entrada clandestina al territorio nacional, ni si quiera “alcanza” al inmigrante, sino que es quien comete el delito y sobre quien recaerá la responsabilidad penal. Esta es una situación poco común a lo largo de la evolución del tema migratorio a nivel mundial, donde el inmigrante es el sujeto activo del delito, quien no requiere una motivación ni tampoco la ayuda de un tercero, es él, quien con tan sólo el ingreso o intento de ingreso al territorio nacional por entradas no habilitadas comete delito y, por lo tanto, queda a disposición del Derecho penal y administrativo como analizaremos con detalle más adelante. Se puede atribuir esta consideración al advenimiento de gobiernos militares a la región, especialmente en Chile y Argentina, durante los cuales los inmigrantes pasaron a ser los “indeseables”, adquiriendo la ilegalidad por medio de distintos instrumentos normativos, período en el cual la normativa migratoria se mantuvo y sistematizó la visión restrictiva y represiva sobre los inmigrantes, especialmente de países limítrofes que, bajo los principios de la llamada doctrina de “seguridad nacional” se había ido ratificando en la década anterior. Por medio de dicha ideología se confeccionó la maquina estatal de América Latina dirigida a identificar enemigos internos y externos relacionados con la ilegalidad, entre los cuales estaban incluidos tanto los subversivos como los extranjeros ilegales o clandestinos<sup>27</sup>.

Ante este mismo tema, el Protocolo Sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes de Naciones Unidas, que tipifica como delito el hecho que se cometa intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, da cuenta que lo que se castiga es la ayuda a la entrada ilegal de un extranjero en un país distinto al suyo, reiterando la exigencia de ánimo de lucro, como también la cooperación, pero debe hacer posible o facilitar la entrada. Respecto a la

---

<sup>27</sup> Domenech, Eduardo E., “Crónica de una ‘amenaza’ anunciada. Inmigración e ‘ilegalidad’: visiones de Estado en la Argentina contemporánea”, en Feldman-Bianco B (coord.), Rivera L., Stefoni C., Villa M. (compiladoras), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, Editorial Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2011, cfr. págs. 69-72.

consideración penal de los migrantes, el art. 5 dispone que “los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el art. 6 del presente Protocolo”<sup>28</sup>, con lo cual, deja de estar criminalizado por su entrada o permanencia ilegal. Se declara exento de responsabilidad criminal por los delitos de tráfico ilícito del que haya sido objeto. Por lo tanto el migrante deja de ser, por tanto, el sujeto activo y autor de dichos delitos para convertirse en un partícipe necesario de los mismos, exento de responsabilidad penal<sup>29</sup>.

Frente al mismo fenómeno de la inmigración clandestina y la consideración del inmigrante ilegal, la Directiva de la Unión Europea castiga la ayuda o el facilitamiento a la entrada o al tránsito ilegal de un extranjero en un Estado distinto al suyo. No dice nada sobre la consideración penal de los inmigrantes, no se hace alusión expresa, pero aun así no es quien comete delito, es un partícipe necesario para que se configure el delito, pero no quien responderá penalmente, es más, es objeto de programas de auxilio, de protección, siendo atípica la situación del inmigrante involucrado.

### **3. Cooperación en la esfera de la migración internacional y su desarrollo.**

La declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, promulgada con ocasión de la revolución francesa de 1789, fue el primer texto internacional que reconoció el derecho a la emigración, un derecho que ha sido conceptualizado por la doctrina iuslaborista como subjetivo incompleto, un derecho individual “cuyo ejercicio puede ser regulado pero no desconocido” y cuya finalidad básica debe ser la protección de la persona emigrante, y cuya puesta en práctica en cuanto que va a ser ejercitado fuera de las fronteras del Estado, requiere para su satisfacción plena la existencia de un correlativo derecho internacional de inmigración, que es inexcusablemente complementario<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Pérez, Esteban, op. cit. pág. 165.

<sup>29</sup> Íbidem, cfr.

<sup>30</sup> Rojo Torrecilla, Eduardo, “Inmigración y Derechos humanos: retos y perspectivas”, en *Jueces para la Democracia*, 2002, n°44, cfr. págs. 54-58.

Respecto a este régimen internacional, hay que partir diciendo que la relación entre el fenómeno migratorio con el tráfico ilegal de personas es considerado internacionalmente como una de las nuevas formas de esclavitud que ha surgido a finales del siglo XX y que ya ha tomado cada vez más importancia a partir del siglo XXI producto de la globalización imperante y de la tendencia de generar instancias internacionales donde plasmar estas normas y principios a modos de darle una validez y un interés universal.

Es por esta profunda preocupación a nivel de organismos internacionales y regionales, que cada vez está siendo recogido en mayor cantidad de instrumentos universales y europeos. De esta forma, es menester partir con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que señala en su Art. 4 que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos está prohibida en todas sus formas”. De forma similar, el Art. 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se pronuncia diciendo que “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos”.

Es importante dejar en claro que, si bien, la preocupación universal surge con estos tratados, ya desde hace un siglo venimos encontrando instrumentos muy importantes que proscriben y pretenden erradicar este tipo de conductas<sup>31</sup>.

En primer lugar, partiendo con un fenómeno antiguo en materia migratoria y en la historia de la humanidad, debemos hacer hincapié en la esclavitud, la que en su sentido originario es entendida como “la reducción de la persona a la condición de bien semoviente”. Es así, como después de la constitución de la Sociedad de las Naciones, el 25 de septiembre de 1926 se firmó en Ginebra la Convención sobre la Esclavitud, la cual tiene la peculiaridad de ser el primer instrumento internacional en que se recogía la definición de esclavitud y de trata de esclavos.

Ya después de la Segunda guerra mundial, y bajo el alero de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se vendría a prohibir la esclavitud y

---

<sup>31</sup> Pérez, E., “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, cfr. pág. 32.

la trata de esclavos en todas sus formas. Posteriormente, el Comité de Expertos sobre la Esclavitud recomendó la ampliación de la definición ofrecida por la Convención de 1926, la cual fructificó en 1956, mediante la aprobación de la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. Con este último término de “prácticas análogas” se incluyó cualquier forma de “condición servil”, la cual englobaba fenómenos tales como la servidumbre por deudas, la servidumbre por gleba, matrimonios pactados, explotación de personas, entre otros. Donde cobra gran relevancia la fuerte vinculación entre la esclavitud y la explotación laboral de las personas mediante el trabajo forzado, sin perjuicio de que esta última no se prohibió de forma expresa en la Convención de 1926, incluso, llegó a aceptarse en casos excepcionales “para fines de utilidad pública”<sup>32</sup>. Debido a eso, la Sociedad de las Naciones le pidió a la OIT que examinara esta cuestión y que elaborara un convenio específico sobre esta materia.

A raíz de esta petición, la OIT en 1930 adoptó el Convenio N° 29 sobre el Trabajo Forzoso, donde se obligaba a suprimir lo más pronto posible el empleo del trabajo forzado u obligatorio en todas sus formas. Hay que dejar en claro que también aceptó ciertos tipos de trabajos forzosos, como era muy común en ese tiempo, para fines públicos y de manera excepcional, bajo ciertas condiciones y garantías. En el Art. 2.1 del Convenio se define el trabajo forzado y obligatorio como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”<sup>33</sup>. Finalmente, el trabajo forzado pasará a ser prohibido en todas sus formas en 1957, cuando la OIT adoptara el Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzado.

Al seguir abordando el tema de la esclavitud y su relación con el fenómeno migratorio desde tiempos remotos, es interesante analizar el caso de la explotación sexual de las personas, especialmente de las mujeres y niños mediante la trata y el ejercicio de la prostitución, tema que ha ido generando gran atención y preocupación en el plano legislativo a partir del siglo XX. Es así, como constantemente en materia de tratados se ha tendido a relacionar la trata de personas con la prostitución hasta hace, incluso, pocos años

---

<sup>32</sup> Ídem, cfr. pág. 34.

<sup>33</sup> Ídem, cfr. pág. 35.

atrás, donde últimamente se ha producido un cambio significativo y se les ha dado cabida a otras formas de tráfico. Los primeros intentos abolicionistas datan de fines del siglo XIX, los cuales dieron fruto en la Conferencia Internacional de París de 1902, la que fue el pie de partida para la aprobación del Acuerdo Internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, de 18 de mayo de 1904. Pero las primeras medidas internacionales de carácter penal vendrán a adoptarse en 1910 a través del Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas, de 4 de mayo de 1910. La gracia de este instrumento es que castiga el hecho aun cuando los actos se hayan realizado en países diferentes, dando pie al ingreso clandestino.

Con la formación de la Sociedad de las Naciones, se adoptó el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921, el cual buscaba la ratificación o adhesión a cualquier instrumento antiguo celebrado que versara sobre materias similares y que algunos países no hayan celebrado o ratificado. Además, amplió la protección a las personas de ambos sexos y propuso el castigo de actos preparatorios y la tentativa de estas infracciones<sup>34</sup>.

Luego, en 1933 la Sociedad de las Naciones promulgó el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, el 11 de octubre de ese año. Posteriormente, elaboró un nuevo convenio en 1937, pero a causa de la Segunda Guerra Mundial este fue adoptado en 1949 y entró en vigor el 25 de julio de 1951. Este tenía el nombre de Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. La importancia de este convenio es que forma parte del conjunto de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas referidos a la esclavitud o a las prácticas análogas a la esclavitud, lo cual lo ha convertido, sin duda alguna, en el convenio más importante sobre esta materia<sup>35</sup>.

En la actualidad, el fenómeno del tráfico ilegal de personas tiene un contenido más amplio que aquel que se le venía dando tradicionalmente. Si analizamos este concepto como comprensivo de la realidad global que se esconde tras los movimientos migratorios actuales, podemos incluir dos fenómenos distintos que conservan una estrecha relación,

---

<sup>34</sup> Ídem, cfr. pág. 35-36.

<sup>35</sup> Ídem, cfr. pág. 37.

estos son: la inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes y la trata de seres humanos en sentido propio. Incluso, este último concepto hoy en día es más amplio, ya que incluye no sólo la explotación para la prostitución, sino que también la recluta y capacitación de personas contra su voluntad para su posterior explotación laboral. Aunque por cierto, la prostitución, sigue siendo la más importante en esta materia<sup>36</sup>.

La diferenciación entre estos dos fenómenos señalados anteriormente se ha plasmado en los instrumentos universales y europeos más recientes. Así, por ejemplo, Naciones Unidas en el año 2000, junto a la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional, aprobó dos Protocolos adicionales, uno referido al tráfico de inmigrantes por tierra, mar y aire; y el otro referido a la trata de personas, en especial a la de mujeres y niños. En cuanto a la Unión Europea, vale la pena mencionar la Directiva 2009/90/CE del Consejo de 28-11-2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, complementada por la Decisión Marco del Consejo de 28-11-2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, por un lado; y la Decisión Marco del Consejo de 19-7-2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, por otro<sup>37</sup>.

En este sentido, pese a que la inmigración clandestina supone una violación de los derechos de los inmigrantes, el interés principal en juego es el de los Estados por controlar y regular el flujo transfronterizo de personas. Lo cual queda evidenciado en las políticas migratorias que reflejan todos estos documentos suscritos.

Así, Naciones Unidas, al constatar que el fenómeno migratorio cada vez ha ido reflejando un rasgo sistémico más notorio y más uniforme producto de la globalización mundial<sup>38</sup>, ha procurado dirigir sus esfuerzos a favor de la integración social de los inmigrantes, del reconocimiento de sus derechos y también del respeto de éstos, lo cual ha quedado plasmado en instrumentos tales como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,

---

<sup>36</sup> Ídem, cfr. pág. 38.

<sup>37</sup> Ídem, cfr. pág. 39.

<sup>38</sup> De Lucas, Javier, “La inmigración, como res política”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universitat de Valencia, 2004, vol. 10, cfr. pág. 2.

adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, al igual que numerosas resoluciones sobre la protección de los migrantes aprobadas por la Asamblea General, aunque estos documentos no son vinculantes. También vale la pena mencionar, en este mismo contexto la Resolución 54/138, sobre Violencia contra las trabajadoras migratorias, adoptada por la Asamblea General el 10 de febrero del 2000.

La Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Sudáfrica, en el 2001, también se ha preocupado de la protección de los migrantes, ya sea en la Declaración como en el Programa de Acción de Durban, aunque no tengan eficacia jurídica. En la Declaración se señala que las políticas migratorias no deben estar basadas en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

Pero si de instrumentos universales importantes se trata, sin duda alguna, el más importante en cuanto a la inmigración clandestina está constituido por el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptados en el año 2000. Su ámbito de aplicación está orientado a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el instrumento, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos. Cabe destacar, que el instrumento señala en su Art. 5 de forma expresa que se declaran exentos de responsabilidad criminal los migrantes que hayan sido objeto de alguna de las conductas tipificadas.

En cuanto a la Unión Europea, viene considerando desde el 1992 en el Tratado de Maastricht, la política respecto de los nacionales de otros países, y dentro de esto, la lucha contra la inmigración, residencia y el trabajo irregular son asuntos de interés común que deben estar incluidos en el ámbito de cooperación de los Estados miembros. De ahí que una de las labores especiales mencionadas en el tratado es la de tomar medidas adecuadas de protección y control en las fronteras exteriores, así como el asilo, la inmigración, prevención y la lucha contra la delincuencia. Esta autorización para adoptar medidas respecto a la libre circulación de personas, control exterior de las fronteras, asilo,

inmigración y delincuencia, fue otorgada a la Comunidad a través de la reforma del Tratado de Amsterdam. Y posterior a este, el Convenio de Schengen ya se había encargado de fijar sanciones que penaran el cruce no autorizado de las fronteras externas.

Mayor importancia que los documentos señaladas anteriormente, tiene el Consejo Europeo de Tampere, el cual fue celebrado durante los días 15 y 16 de octubre de 1999, teniendo como objetivo principal la seguridad y la justicia de la Unión Europea desarrollando políticas comunes en materia de asilo e inmigración sin descuidar al mismo tiempo la gran importancia de llevar a cabo un buen control de las fronteras exteriores a modo de poner un fin a la inmigración ilegal y luchar contra quienes se organizan y cometen delitos internacionales relacionados con este fenómeno. De esta forma, se consigue articular la política de asilo e inmigración de la Unión Europea en cuatro elementos básicos: la colaboración con los países de origen, un sistema europeo común de asilo, un trato justo de los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios<sup>39</sup>.

Esta política común, se ha ido desarrollando fructíferamente en el último tiempo, tanto con la labor del Consejo, como de la Comisión. Así, el Consejo Europeo de Laeken, en 2001 propuso desarrollar un Plan de acción basado en el trabajo previo de la Comisión<sup>40</sup>. Dicha propuesta generó un excelente resultado con la aprobación del Consejo, el 28 de febrero de 2002, a través de una Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, el cual es conocido comúnmente con el nombre de “Plan de Acción de Santiago”.

El rumbo de la política migratoria de los países de la Unión Europea que fue trazado en Tampere siguió rindiendo sus frutos en el continente. Ejemplo de esto fue el Consejo Europeo de Sevilla celebrado durante los días 21 y 22 de junio de 2002, donde además de los puntos claves, se buscó una aceleración de los trabajos legislativos en curso sobre la definición de una política común de asilo e inmigración, el cual vendría siendo el antecedente clave para la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de finales del mismo año, la

---

<sup>39</sup> Pérez, Esteban, op. cfr. pág. 43.

<sup>40</sup> Ídem, cfr. pág. 44.

cual vino a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, definiendo en su art. 1 de manera muy precisa, la infracción correspondiente a la inmigración clandestina, a la vez que dejaba al criterio de cada Estado la decisión de si castigar o no los actos de favorecimiento a la entrada o el tránsito irregular que tengan por objetivo prestar ayuda humanitaria al inmigrante. El art. 2, por su parte, pasó a castigar la inducción, la complicidad y la tentativa de las conductas delictivas tipificadas en el instrumento.

Otro documento importante surgido a raíz del Consejo Europeo de Sevilla es la Decisión Marco (2002/946/JAI) del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. En pocas palabras, este instrumento buscó el establecimiento de normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia sobre las conductas tipificadas en la Directiva 2002/90/CE.

El Consejo Europeo de Salónica, por su parte, celebrado el 19 y 20 de junio de 2003, señaló la imperiosa necesidad de elaborar una política común más estructurada sobre la inmigración que abarcara temas tales como visados, gestión de fronteras exteriores, repatriación de los inmigrantes ilegales, asociación con terceros países, recursos financieros comunitarios y mecanismo de reparto de la carga, asilo y el desarrollo de una política europea sobre la integración de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea. Con este consejo se vendría a cerrar la primera fase para la instauración de una política común de inmigración en la Unión Europea.

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado durante los días 4 y 5 de noviembre del 2004, reconoce que ha llegado la nueva fase del proceso y que es tiempo de elaborar un nuevo programa, de esta forma, aprueba un nuevo programa plurianual para los próximos cinco años que recibe el nombre de Programa de la Haya, el cual tiene por objeto mejorar la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia, proporcionar a quienes los necesiten la protección de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales, regular los flujos de inmigración y controlar las fronteras exteriores de la Unión, luchar contra la delincuencia organizada

transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de Europol y Eurojust, proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como en penal, y eliminar los obstáculos legales y judiciales y litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas<sup>41</sup>. Es importante dejar en claro que el período actual está marcado por la elaboración de políticas a distintos niveles, donde se comparte la responsabilidad entre el gobierno de la Unión Europea y el del Estado miembro<sup>42</sup>.

En cuanto a los tratados en nuestro continente, estos han tenido un fructífero desarrollo gracias a la acción conjunta de los Estados Miembros a través de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), la cual dio inicio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en abril de 1948 cuando aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en Bogotá Colombia, teniendo la particularidad de ser el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general<sup>43</sup>.

Con esta declaración, y además por un intento de la OEA de detener la violación masiva de los derechos humanos del pueblo cubano llevada a cabo por el nuevo gobierno revolucionario de ese país, surgió la idea de crear un órgano principal y autónomo que estuviera encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (de ahora en adelante “La Comisión”), la cual fue creada en 1959, y su primera reunión se efectuó en el 1960, donde ya en 1961 la Comisión comenzó a realizar visitas para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o también para investigar una situación particular, con lo que luego de la investigación vendrá a publicar informes especiales sobre el asunto.

En Noviembre de 1969 se aprobó un trascendental instrumento para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “La Convención”), o como es conocido comúnmente “Pacto de San José”, ya

---

<sup>41</sup> Ídem, cfr. pág. 47.

<sup>42</sup> Castles, S., “Por qué fracasan las políticas migratorias”, en *Revista Etnic And Racial Studies*, vol 27 n°2, 2004, cfr. pág. 170.

<sup>43</sup> \_Organización de Estados Americanos: Orden cronológico de sus tratados. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_texto\\_cronologico\\_lista.asp#2013](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_cronologico_lista.asp#2013). Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.

que fue celebrado en esa ciudad de Costa Rica. Este instrumento contiene importantes preceptos para los migrantes, como el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, o el derecho a la libertad personal.

Además, de este importante pacto vendrá a surgir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue establecida el 18 de Julio de 1978 como consecuencia de haber entrado en vigor La Convención, debido a que fue depositado el undécimo instrumento de ratificación necesario por los Estados Miembros . Este órgano jurisdiccional forma parte junto a La Comisión, de los dos más importantes organismos de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, asegurando el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención, donde el principal rol que cumple la Corte Interamericana es el de interpretar y aplicar la Convención, además de cualquier otro tratado que verse sobre derechos humanos y que forme parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De esta forma, el tema de la migración y los migrantes mismos, es uno de los desafíos más importantes y controversiales que enfrenta actualmente la OEA. La circulación de personas entre naciones, tanto legal como ilegal, es un asunto que los países trabajan colectivamente. Y así, la OEA es un férreo defensor de los derechos de tales trabajadores migrantes, proveyendo soportes en este proceso de integración y aceptación a través de varias medidas, como por ejemplo instrumentos que protejan los fenómenos asociados a la migración, como la Convención Interamericana Sobre el Tráfico Internacional de Menores adoptada en México D.F. el 18 de marzo de 1994. Además, en 1988 se ha integrado un importante protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente referido a los derechos sociales, económicos y políticos, el cual es conocido comúnmente como “Protocolo de San Salvador”, y actualmente en 2013 se ha trabajado sobre otros dos instrumentos relativos a la discriminación, los cuales también abordan aquella por razones étnicas o raciales, estos son la *Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*; y la *Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.

En cuanto a la migración internacional y la perspectiva de la OEA frente al tema, es considerado uno de los más relevantes aspectos sociales, económicos, políticos y culturales del siglo XXI<sup>44</sup>. Es por esto, que al reconocer el importante papel que desempeña la migración en el desarrollo de los ciudadanos y de las sociedades americanas, y del importante reto que significan las dinámicas migratorias para los Estados Miembros es que el año 2008 estableció el Programa de Migración y el Desarrollo (en adelante MIDE).

Este programa tiene su seno en el año 2005, cuando la Asamblea General de la OEA aprobó el Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes incluyendo a los trabajadores migratorios y a sus familias. Este programa se centró en la protección de los migrantes mediante la promoción de políticas públicas eficaces, la legislación y el intercambio de mejores prácticas entre los países miembros de la OEA.

Luego, el 2007, el Consejo Permanente, en reconocimiento de la magnitud de este asunto, convocó una reunión para discutir y analizar los flujos de migración humana y su impacto en los Estados Miembros de la OEA. Más tarde, ese mismo año, el 24 de octubre, el Consejo Permanente de la OEA estableció la Comisión Especial de Asuntos Migratorios (en adelante CEAM). Así, el MIDE es la secretaría técnica del CEAM, como además el punto focal de las actividades de iniciativas intersectoriales relacionadas con la migración llevadas a cabo por la OEA.

La idea principal del MIDE es proporcionar conocimientos técnicos e información a los representantes de los países a fin de que éstos puedan adoptar medidas adecuadas y eficaces a escala regional para hacer frente a los retos y oportunidades de la movilidad humana, contribuyendo de esta forma a la promoción y desarrollo de políticas públicas que conduzcan a mejorar la gestión migratoria en las Américas a través de la facilitación del diálogo, cooperación, fortalecimiento institucional y acceso a la información, siempre

---

<sup>44</sup> \_Organización de Estados Americanos: Migración.  
<http://www.oas.org/es/temas/migracion.asp>.  
Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.

enmarcados en el respeto a los derechos humanos de los migrantes, que es la idea central del programa.

El programa encomienda 33 actividades específicas destinadas a la protección de los derechos humanos de los migrantes en las diversas áreas de la Secretaría General de la OEA. Entre otras, incluyen el estudio y la difusión de la legislación migratoria nacional, el intercambio de información y asistencia técnica en materia de derechos humanos con órganos estatales y funcionarios públicos, el desarrollo de programas dirigidos a proteger a las mujeres y niños migrantes, el estudio de la participación política de los migrantes y el intercambio de mejores prácticas entre los distintos actores de este Programa<sup>45</sup>.

Además, el Programa encomienda casi 70 actividades a los Estados Miembros y otros actores de él. Donde se incluyen actividades tales como firmar, ratificar o adherir a los instrumentos universales e interamericanos de derechos humanos y derechos de los migrantes, revisar su legislación para que sea congruente con la obligación de respetar los derechos humanos de los migrantes, capacitar a sus funcionarios públicos que desempeñan funciones relacionadas con la migración sobre el marco jurídico migratorio y la protección de los derechos humanos de los migrantes, entre otras<sup>46</sup>.

Así, el desarrollo americano muestra evidentes señas de un trabajo serio y coordinado que busca palear las herencias legislativas de los antiguos sistemas dictatoriales que azotaron gran parte del continente en las décadas pasadas.

---

<sup>45</sup> \_Organización de Estados Americanos. Programa Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo trabajadores migratorios y sus familias. [http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores\\_migratorios\\_programa\\_interamericano.htm](http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores_migratorios_programa_interamericano.htm). Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.

<sup>46</sup> \_Organización de Estado Americanos. Migración y Desarrollo. <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-3.asp>. Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.

## CAPÍTULO II

### ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN PENAL DE LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

La inmigración clandestina es un tema constante en el análisis de la realidad social de los últimos tiempos, especialmente en lo relativo a delitos migratorios. Sin embargo, es necesario reconocer que la sola intervención en el final del proceso, no es más que una solución parcial que no aborda seriamente el conflicto que deriva de la inmigración clandestina<sup>47</sup>, la cual cada vez adquiere ribetes mayores.

De esta forma, no resulta ajena a la Política criminal de la Unión Europea la necesidad de resolver este fenómeno social que plantea el problema de los flujos migratorios incontrolados. Probablemente no sólo porque el proceso de una entrada masificada y sin control, arropado por la clandestinidad y el fraude pone, por sí mismo, en crisis una política social que busca la eficacia en la “aportación de estabilidad al proyecto común”, sino porque también debe enfrentarse al problema, que sin lugar a dudas existe, de que los mismos empresarios se valen de la mano de obra ilegal, la cual en alguna medida es necesaria o favorable para ellos, lo que puede hacer que estén interesados en la continuación de la entrada de estas personas en estas condiciones de ilegalidad, ya que indiscutiblemente reducen el nivel de exigencia en cuanto a garantías de seguridad, o porque se produce un efecto de abaratamiento de salarios o de disminución de costos al no tener que cumplir con deberes de tributación a la Seguridad Social, lo que produce el efecto inmediato de falsear las condiciones de libre competencia en el mercado interno<sup>48</sup>.

Como ya se había mencionado anteriormente, en Tampere en 1999 ya se proclamaba la necesidad de abordar la inmigración ilegal en su origen y se invitó al Consejo a que a partir de una propuesta de la Comisión se adoptara una legislación efectiva en cuanto a la gestión de los flujos migratorios, acuerdos que se fundamentan tanto en el

---

<sup>47</sup> Silva, María Luisa, “Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, cfr. pág. 180.

<sup>48</sup> Rodríguez Mesa, María José, *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, España, Valencia, 2001, pág. 19.

Tratado de Ámsterdam como en el Convenio de Shengen<sup>49</sup>. Así, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa garantiza en el artículo III-267 que “la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un tratamiento equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas, estableciéndose una ley o ley marco europea que contenga las medidas sobre inmigración y residencias ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal y la lucha contra la trata de seres humanos, en particular mujeres y niños”.

### **1. Análisis de la situación jurídica de extranjería en el derecho comparado.**

**España**, por su situación geográfica se convierte en una de las vías de acceso preferibles, y es por ello, que en el último tiempo se ha ido contemplando un esfuerzo legislativo importante para paliar este fenómeno, con la intención de dar cobertura legal a una eficaz persecución penal de todas las conductas relacionadas con la inmigración fraudulenta y la trata de seres humanos<sup>50</sup>.

Por todas estas razones invocadas anteriormente, es que la disposición final 2 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000,72), introdujo el Título XV BIS en el Código Penal Español, relativo a los Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, incorporando el artículo 318 bis. Este artículo fue modificado por Ley Orgánica 11/2003 y modificado por Ley Orgánica 13/2007. Luego, por Ley Orgánica 5/2010 fue suprimido su apartado 2, referido a ciertas agravaciones.

De esta manera, el artículo 318 bis establece que será castigado con pena de cuatro a ocho años de prisión aquel que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea. Incrementándose en la mitad superior dichas penas si es que son realizadas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación,

---

<sup>49</sup> Silva, op. cit. pág. 180.

<sup>50</sup> Ídem, cfr. pág. 181.

engaño, o abusando de una situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas. Y si además, la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

Contempla una agravación del delito si las conductas descritas anteriormente fueran realizadas por un agente o funcionario público prevaliéndose de su condición de autoridad, y es mayor en el caso que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Además, considera la comisión del delito por una persona jurídica.

En cuanto a la situación del extranjero que se encuentra ilegalmente en el país, se encuentra en la Ley de Extranjería, creada a través de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la cual luego de varias reformas, siendo de las más recientes la Ley Orgánica 2/2009, establece en su artículo 58, relativa a los efectos de la expulsión y devolución, que ésta medida no podrá exceder de 5 años y se analizará caso a caso, pudiendo aumentarse hasta en un período de 10 años en casos especialmente graves. Por otro lado, el artículo 59 ofrece la no expulsión del extranjero irregular en caso de que coopere efectivamente con las autoridades dando información respecto a bandas organizadas que operen en estos ámbitos.

En relación al Ordenamiento jurídico del **Reino Unido**, su Ley de Inmigración promulgada en 1971 contiene en la sección 25, sobre “Asistencia a la inmigración ilegal en un Estado miembro”, un tipo penal sucesivamente modificado y ampliado en su alcance, cuya conducta consiste, de acuerdo con una redacción muy abstracta, en *realizar una acción que facilite la comisión de una violación de las leyes de inmigración por parte de una persona que no sea ciudadana de la Unión Europea*, sabiendo o teniendo un motivo razonable para creer que esa acción efectivamente facilita tal infracción y, a su vez que la persona no disfruta de dicha ciudadanía<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Esquina, Patricia, “Análisis comparado de las legislaciones penales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, cfr. pág. 127.

Por otro lado, se entiende que “leyes de inmigración” podrán ser todas aquellas que tengan efecto en un Estado miembro, y que, en relación con algunas o con todas las personas que no sean nacionales de ese Estado, controlen las autorizaciones para entrar en el país, transitar por él o estar en él. De esta forma se vislumbra la intensa lucha contra la criminalidad trans- e internacional, tanto por la generalidad con la que se enuncia el comportamiento típico, como también por la ampliación del margen de aplicación a todo hecho cometido en el Reino Unido, o bien fuera de él, pero por un ciudadano británico o por una sociedad constituida bajo la legislación de ese Estado<sup>52</sup>. Siendo en este caso aplicable la pena de multa, pudiendo añadirse o sustituirse por la pena de prisión no superior a los 14 años, si resulta condenado en un procedimiento ordinario, o de multa que no exceda el máximo legal y de la misma forma, prisión superior a los seis meses si se le enjuicia por un procedimiento sumario.

Además, la Ley de Asilo e Inmigración de 2004 ha extendido esa protección penal a cualquier país firmante del Acuerdo de Schengen que pueda verse perjudicado por dicha inmigración clandestina a cargo de personas que no sean ciudadanos de uno de tales Estados firmantes o partes del Acuerdo.

Más específicas, aunque vinculadas a esas mismas sanciones indicadas, resultan las secciones 25A y 25B añadidas en virtud de la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo de 2002 y también vueltas a corregir en el 2007, alusivas respectivamente a la “Ayuda a los solicitantes de asilo para entrar en el Reino Unido” y la “Asistencia para entrar en el Reino Unido en violación de una orden de deportación o de exclusión”. La sección 25A incrimina a quien conscientemente y con ánimo de lucro “facilite la llegada al país de una persona de quien sepa o tenga un motivo razonable para creer que es solicitante de asilo”. En ese sentido, se entiende por solicitante de asilo a la persona que pretenda reivindicar que el hecho de sacarle o de exigirle que se marche del Reino Unido sería contrario a las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención del Refugiado o con la Convención de los Derechos Humanos. Es importante dejar en claro, que tal conducta de ayuda no

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, cfr.

constituirá delito si el autor hubiera actuado en nombre de una organización dirigida a asistir a los solicitantes de asilo y que no cobre remuneración alguna por sus servicios<sup>53</sup>.

La sección 25B por su parte, prohíbe llevar a cabo “actos que faciliten la contravención de una orden de deportación en vigor que afecte a un sujeto ciudadano de la Unión Europea”, conociendo o teniendo el autor motivos razonables para creer que dicho acto propicia tal infracción. Por otro lado, también prevé la Ley aquellos ejemplos en los que el propio Secretario de Estado británico haya dispuesto que la exclusión fuera del Reino Unido de un ciudadano de la Unión Europea será favorable para el interés público. Bajo tal circunstancia, cometerá delito quien de algún modo ayude a ese individuo a llegar, entrar o permanecer en el país, sabiendo o teniendo motivos razonables para creer que con su actuación está asistiéndole a esos efectos y conociendo asimismo que dicho Secretario de Estado ha adoptado la citada decisión.

En el caso del inmigrante que ilegalmente se encuentre en dicho territorio, vale dejar en claro, que en el Reino Unido no se pena el ingreso clandestino propiamente tal como ocurre en nuestro país, ya que en Chile no se establecen taxativamente los medios necesarios para ejecutar este ingreso clandestino, sino que el artículo 69 inciso 2° del DL 1094 señala que si este ingreso clandestino se llegara a realizar por lugares no habilitados, se aumentará la pena, pero es posible que con el concepto “ingreso clandestino” se consideren otros medios, como es el engaño en el caso del Reino Unido, único medio posible para la comisión del delito.

De esta forma, para que concurra esta inmigración ilegal la misma Ley británica citada anteriormente, en su sección 24 establece ciertos requisitos, por ejemplo, violar a sabiendas una orden de deportación, o bien, la estancia irregular una vez que transcurrió un permiso legal para residir en dicho país, lo cual será castigado con una multa y/o prisión de no más de seis meses, donde el juicio será llevado a cabo con un procedimiento sumario, aumentándose la pena en la sección 24A en caso de que medie el engaño con las autoridades, o contraviniendo una orden de deportación, pudiendo ser condenado a través de un procedimiento sumario a una multa con o sin pena de prisión no superior a seis

---

<sup>53</sup> Ídem, cfr. pág. 128.

meses, o incluso, a través de sentencia condenatoria a la privación de libertad por un término no mayor de dos años y/o a una multa.

Trasladándonos a **Francia**, estas materias están tratadas en el nuevo Código de la Entrada y la Permanencia de Extranjeros y del Derecho de Asilo, en vigor desde el 1 de Marzo<sup>54</sup> y con una importante reforma a partir de la Ley N° 2012-1560 de 31 de diciembre de 2012. Al respecto, el artículo L622-1 perteneciente al Capítulo II, relativo al apoyo a la entrada y la residencia, establece que cualquier persona, que con la asistencia directa o indirecta, facilite o intente facilitar la entrada, circulación o residencia de un extranjero en Francia, será castigado con pena de prisión de cinco años y con una multa de 30.000 euros, además se amplía el tipo sancionando con las mismas penas, cualquiera sea la nacionalidad del sujeto, cuando el delito se cometa en el territorio de un Estado parte en el Convenio firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 y que no sea Francia. Además se castiga a aquellos que han facilitado o intentado facilitar la entrada, circulación o residencia de un extranjero en el territorio de un Estado Parte del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo el 12 de diciembre de 2000.

A dicha sanción mencionada anteriormente, podrán sumarse por efecto del artículo L622-3, el destierro por un período de cinco años, la suspensión del permiso de conducir por un periodo de cinco años, el cual podrá duplicarse en caso de reincidencia; la retirada temporal o definitiva de la autorización administrativa para explotar, ya sean servicios ocasionales en lugar de otro o colectivos, o bien, un servicio regular o de autobuses de transporte internacional; la confiscación de la cosa que haya servido o estaba destinada a cometer la infracción, incluyendo cualquier medio de transporte que haya servido al efecto, incluido su producto, donde los costos derivados de las medidas necesarias para la ejecución del decomiso correrán a cargo del infractor. También se podrá prohibir, por un período de cinco años, ejercer la actividad profesional o social en el curso de la cual se cometió la infracción, donde cualquier violación de esta prohibición será sancionada con pena de prisión de dos años y una multa de 30.000 euros; y finalmente, podrá contemplar

---

<sup>54</sup> Ídem, cfr. pág. 113.

también, la exclusión del territorio francés por un período de más de diez años previsto por los artículos 131-30 a 131-30-2 del Código Penal francés. Implicando esta prohibición automáticamente la renovación de las condenas en la frontera en caso que sea necesario.

En el artículo L622-4 se establecen ciertas excepciones en caso de que se trate de relaciones de parentesco tales como ascendientes o descendientes en el extranjero, sus cónyuges, hermanos y hermanas en el extranjero o de su cónyuge; así como también en el cónyuge extranjero de la persona que convive abiertamente con él, o padres, hijos, hermanos y hermanas de la esposa del extranjero o la persona que convive abiertamente con él.

Como causal de excepción se menciona, la poligamia y aquella en la cual una persona natural o jurídica intentaba proporcionar asesoramiento jurídico o provisión de comida, alojamiento y atención médica para garantizar las condiciones de vida digna y decente en el extranjero, o cualquier otro tipo de asistencia para preservar la dignidad o la integridad de la misma.

El artículo L622-5 por su parte, contiene agravaciones específicas para el L622-1, donde se aumentará la pena a diez años de prisión y una multa de 750.000 euros cuando el delito sea cometido por un grupo organizado, o cuando se haya cometido en circunstancias que exponen directamente a los extranjeros a un riesgo inmediato de muerte o lesión, pudiendo causar mutilación o la invalidez permanente.

También se agravará la pena en caso que los extranjeros sean sometidos a condiciones de vida, transporte, trabajo o vivienda incompatibles con la dignidad de la persona humana, así como el delito cometido por medio de zonas restringidas de un aeropuertos o puertos; o bien, cuando sean realizados sobre menores extranjeros, manteniéndolos lejos de su entorno familiar o su entorno tradicional.

Además de la agravación de la pena en los casos mencionados anteriormente, los autores incurrirán en la pena accesoria de decomiso de todos o parte de sus bienes, con independencia de la naturaleza, ya sea muebles o inmuebles, divisibles o indivisibles. Y en caso que sean extranjeros, se procederá a la prohibición definitiva de ingreso al territorio

francés. También incurrirán en este decomiso las personas jurídicas con responsabilidad penal.

En cuanto al ingreso ilegal por parte del extranjero, el reciente Capítulo I relativo a la entrada ilegal establece en su artículo L621-2 que será reprimido con prisión de un año y una multa de 3.750 euros el extranjero que no teniendo la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea se introdujera en la parte continental sin cumplir con las condiciones contempladas en la normativa trazada por el Reglamento N° 526/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, o del Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras del Código de fronteras de Schengen.

Además regula el caso en que se intente proceder desde otro país de la Convención hacia el territorio francés sin cumplir con ciertas condiciones para el ingreso, y se extiende la aplicación de dicho precepto a territorios de ultramar con soberanía francesa, tales como Guadalupe, Guyana, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín y San Pedro y Miquelón. Ante todos estos casos mencionados anteriormente, el tribunal puede prohibir al condenado extranjero, la entrada o permanencia en Francia por un período no superior a tres años.

En cuanto a la normativa de **Alemania**, la regulación sobre la inmigración se encuentra en la Ley sobre estancia, actividad remunerada e integración de extranjeros en el territorio nacional (*Aufenthaltsgesetz*), la cual se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 2005. En concreto, son sus §§ 95 a 97, pertenecientes al Capítulo 9 relativo a las sanciones y multas, los que recogen las “prescripciones penales aplicables a la materia, con la particularidad que el legislador germano configura el tipo básico de delito ya mediante la referencia a circunstancias cualificantes que para otras normativas no entran en juego sino más tarde, en el marco de los tipos agravados, con lo que el legislador estaría dando a entender que la conducta de favorecer la entrada ilegal de personas, sin más aditivos, no presentaría entidad suficiente para constituir un ilícito penal”. En efecto, impone el § 96 sobre “introducción clandestina de extranjeros”, la pena de multa o prisión hasta los cinco años a quien provoque o ayude a otra persona a entrar ilegalmente a Alemania (según el § 95.1.3 de la Ley), o a permanecer en territorio del Estado ilegalmente o sin el necesario título de residencia (§ 95.1.1), o bien a permanecer en tales condiciones y estando además

perfectamente obligado a abandonar el país, pero sin someterse, de hecho a la expulsión (§ 95.1.2), exigiéndose para todos estos casos que el que instigue o ayude haya obtenido o se haya hecho prometer por tal acción un beneficio económico, o bien haya realizado el mismo comportamiento en diversas ocasiones (“repetidamente”) o en favor de varios extranjeros. Idéntica pena corresponderá a quien colabore de la forma descrita con ciertos no nacionales que, tal y como lo establece el § 11 de la Ley, tengan prohibida la entrada o permanencia en Alemania tras haber sido con anterioridad expulsados, desplazados o retirados del país, incluso aunque cumplimenten esos requisitos que de acuerdo con la Ley les facultarían para reclamar y recibir un nuevo permiso de residencia<sup>55</sup>.

Este § 96 también sanciona a quien ayude o incite a otro a dar o emplear datos falsos o incompletos a fin de procurarse para sí o para un tercero un permiso de residencia, o bien a usar deliberadamente dicho permiso, obtenido de modo ilícito, para engañar o cometer fraude en el tráfico jurídico<sup>56</sup>.

Por otro lado, todas las conductas anteriores merecerían, por efecto del tipo cualificado del § 96.2 de la Ley, una sanción de prisión entre seis meses y diez años si concurrieran en ellas determinadas condiciones: así, la de que el autor actúe profesionalmente, o como miembro de una banda constituida para llevar a cabo tales delitos de forma continuada; o llevando consigo un arma de fuego, si es que se tratara de facilitar la entrada ilegal de otro, o bien alguna clase de arma cuando ésta se fuera a utilizar para favorecer esa entrada; o por último, si se expusiera a dicho infiltrado a un trato inhumano, degradante o que pusiera en peligro su vida, así como a un riesgo grave de perjuicio para su salud<sup>57</sup>. Además, en virtud del párrafo 3º de este mismo artículo, tanto en el tipo básico como en el tipo agravado resultará punible la tentativa del delito.

A su vez, el § 97.1 prevé un tipo hipergravado respecto de esos comportamientos de ayuda, para cuando a través de ellos se ocasione la muerte del extranjero, en cuyo caso la pena de prisión no podrá ser inferior a los tres años. Por su parte, también agravado en relación con los anteriores es el delito contenido en el § 97.2, que resulta sólo ligeramente

---

<sup>55</sup> Ídem, pág. 113.

<sup>56</sup> Ídem, pág. 119.

<sup>57</sup> Ibídem.

cualificado en relación con el del § 96.2 mencionado anteriormente, en la medida que dispone la pena de prisión entre un año (en el otro precepto se habla de seis meses) y diez años para quien lleve a cabo esa contribución a la inmigración clandestina de forma profesional y, al mismo tiempo, como miembro de una banda asociada con vistas al ejercicio continuado de tales infracciones. A continuación el párrafo 3° del § 97 instituye una modalidad atenuada para cada uno de los tipos agravados de los párrafos 1° y 2° que se acaban de exponer, de tal modo que, en los casos menos graves de ambos, las sanciones deberán rebajarse hasta la de uno a diez años de prisión para las hipótesis hipergravadas del § 97.1 y la de seis meses a diez años para las agravadas del § 97.2. Por último, en lo que afecta a todos estos ejemplos cualificados resultará aplicable la figura del comiso ampliado, regulado en el § 73 d del Strafgesetzbuch o Código Penal alemán<sup>58</sup>.

En cuanto a la perspectiva del inmigrante que ingresa ilegalmente al territorio alemán, el § 95 (1) señala que se podrá imponer una pena de prisión de hasta un año o una multa a quien esté presente en territorio federal sin su pasaporte o sin uno válido debiendo portarlo, sin el permiso de residencia teniendo la obligación legal de salir, o bien que su plazo de salida ya haya expirado o que a cuya deportación ya haya sido expuesto. También incurrirá en este tipo aquel que de acuerdo al § 14 tenga una entrada no autorizada, así como también a aquel que se mantiene oculto frente a las autoridades.

Este precepto, contiene una agravación específica en el § 95 (2), el cual señala que se impondrá una pena de prisión de hasta tres años o una multa a aquel que entre en territorio federal o resida en el mismo en contravención al § 11 de la misma Ley, relativo a la Prohibición de entrada y residencia, ya sea por deportación o expulsión. Y también se agravará en el caso de que se emitan declaraciones a sabiendas, a modo de obtener para sí o para un tercero un permiso de residencia mediante el engaño a las autoridades.

Para concluir esta mirada a los países europeos, hay que hacer una mención especial a **Italia**, donde es necesario acudir al Decreto Legislativo 286/1998, de 25 de julio, con sendas reformas que buscaban atacar la inmigración ilegal especialmente a partir del 2009.

---

<sup>58</sup> Ídem, pág. 132.

A su respecto, el Artículo 12 del citado Decreto, relativo a las Disposiciones contra la inmigración ilegal, señala que a menos que el hecho constituya una infracción más grave, cualquier persona, que en violación a las disposiciones de esa ley, promueva, dirija u organice las finanzas, o el transporte de los extranjeros en el territorio o bien cometa otros actos con el fin de entrar ilegalmente en el territorio Estado o de otro Estado del cual dicha persona no sea ciudadano o del cual no tenga permiso de residencia permanente, será castigado con prisión de uno a cinco años y multa de 15.000 euros por cada persona infiltrada.

Una sanción parecida, de prisión hasta los cuatro años y una multa de hasta treinta millones de liras establece el apartado 5° del mismo artículo, en cuanto a aquellas personas que, violando los preceptos de la Ley, favorezcan la permanencia en el territorio nacional de extranjeros ilegales con el fin de lucrarse injustamente a costa de esa condición de clandestinidad o en el ámbito de tal actividad de inmigración ilícita, siempre que similar comportamiento no entre dentro de algunos de los tipos agravados, configurados por dicho artículo 12 o por cualquier otra normativa. Pero, en todo caso, a tenor del apartado 2° del mismo precepto, no constituirá delito la actividad de socorro y asistencia humanitaria que se preste en Italia en favor de aquel extranjero que estando en el territorio del Estado se encuentre en condiciones de necesidad. De esta forma, posiblemente se trate de otorgar cobertura legal también al aspecto de la protección de los refugiados o perseguidos por razones políticas<sup>59</sup>.

A su vez, el apartado 3° del mismo artículo 12, recoge diversos tipos agravados los cuales tendrán que concurrir junto a la misma conducta descrita en el tipo básico y de concurrir, la pena será aumentada con prisión de cinco a quince años y una multa de 15.000 euros por cada persona.

La primera de estas agravaciones se produce cuando la entrada o la residencia ilegal sea proporcionada a cinco o más personas. La segunda, por su parte, se produce cuando la persona transportada ha sido expuesta a un peligro para su vida o su seguridad. La tercera agravación, en cambio, es cometida cuando la persona transportada es sometida a un trato

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

inhumano y degradante; y la cuarta, cuando el delito haya sido perpetrado por tres o más personas actuando en concurso, o bien, mediante la utilización de servicios internacionales de transporte o de documentos contrahechos, alterados o de cualquier modo ilegalmente obtenidos. Finalmente, la quinta agravación añadida el año 2009 se produce cuando los autores han hecho disponibles el uso de armas o materiales explosivos.

Otro precepto añadido por la reforma del 2009 fue el apartado 3 bis, el cual incrementa la sanción prevista por el tipo agravado cuando se involucren dos o más de los supuestos señalados en las letras a), b), c), d) y e).

En el apartado 3º ter está configurado el tipo hipergravado, incrementando en un tercio a la mitad la pena establecida en el apartado 3º y aplicando una multa de 25.000 euros por cada víctima si los hechos mencionados en los apartados 1º y 3º fueren realizados para destinar a estas personas a la prostitución o al menos a la explotación sexual o laboral, o bien cuando se realice sobre menores con el objeto de implicarlos en actividades ilícitas y con el fin de promover dicha explotación. O bien, cuando dichos delitos sean cometidos con el sólo objeto de obtener un beneficio, aunque sea indirectamente.

Por otro lado, el número 3 quinquies del mismo artículo contiene una circunstancia atenuante por la colaboración con la justicia, como ya resulta habitual en los ordenamientos jurídico-penales europeos, especialmente entre sus disposiciones relativas a las formas de criminalidad organizada. Según dicha atenuante, las penas fijadas para cualquiera de los tipos se rebajarán a la mitad en relación con aquel imputado que se las ingenie para evitar que la actividad criminal en la que esté o haya estado implicado se extienda hasta consecuencias ulteriores, concretamente ayudando a la autoridad policial o judicial en la búsqueda de elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos, la identificación o la captura de uno o varios de los autores de los delitos y la confiscación de recursos que sean o hayan sido relevantes en orden a la consumación de dichas infracciones. A su vez, en este ámbito de las previsiones generales, el apartado 4º indica que para todos los tipos descritos anteriormente será obligatoria la detención en caso de delito flagrante, al tiempo que establece la confiscación del medio de transporte utilizado

para la infracción que se trate<sup>60</sup>. Además, el 4 bis señala que cuando existan indicios graves de culpabilidad será aplicada la prisión preventiva a menos que se demuestre que no hay necesidad de precaución.

El apartado 5 bis, añadido el 2008 y modificado el 2009 establece una pena de prisión de seis meses hasta tres años y la confiscación de la propiedad, a menos que pertenezca a una persona no relacionada con el crimen, a aquella persona que fin de obtener un beneficio económico, alquile una propiedad o le renueve un contrato de arrendamiento, a un extranjero que se encuentra ilegalmente en el país.

A continuación, el apartado 6° contempla una sanción de carácter administrativo con respecto a cualquier transportista, ya sea, por tierra, mar o aire que, desobedeciendo a sus obligaciones legales, omite cerciorarse de que los extranjeros a los que traslade estén en la posesión de los documentos necesarios para entrar al país, o bien, que no dé el aviso correspondiente a la policía fronteriza acerca de la posible presencia de extranjeros en situación irregular a bordo de ese medio de transporte. Tal inobservancia acarreará la multa de de 3.500 a 5.500 euros por cada persona transportada de modo ilegal, a lo que podría sumarse en los casos más graves, la suspensión de uno a doce meses o la revocación definitiva de la licencia, autorización o concesión expedida por las autoridades administrativas italianas e inherente a la actividad profesional desarrollada y al medio de transporte empleado<sup>61</sup>. Además los apartados 7°, 8° y 9° incorporan otras previsiones a la materia, relativas a facultades de policía, agentes de la seguridad pública y similares. Además de los plazos de conducción a la Fiscalía General y su tramitación judicial.

Pero sin duda alguna, el artículo más importante para nuestro estudio de la legislación italiana en cuanto a inmigración ilegal se trata, es aquel añadido por el Decreto Legislativo de 15 de julio de 2009 que vino a introducir el delito de inmigración clandestina en Italia. A su respecto, el artículo 10 bis relativo a la Entrada ilegal y residencia en el territorio del Estado, establece que a menos que el hecho constituya una infracción más grave, el extranjero que entre o intente ingresar en el país, en violación a las disposiciones que regulen la entrada, será castigado con una multa de 5.000 a 10.000 euros. Esta

---

<sup>60</sup> Ídem, cfr. pág. 133.

<sup>61</sup> Ídem, cfr. pág. 134.

disposición no se aplicará a los extranjeros a los cuales les sea denegada la entrada en los controles fronterizos por no poseer la documentación necesaria.

El apartado 4° establece que a los efectos de expulsión de los extranjeros en conformidad con el apartado 1°, no se requiere de la autorización de expulsión por el tribunal competente para el caso previsto en el artículo 13.

Por otro lado, el apartado 5° dice que el juez que tomó conocimiento de la ejecución de una expulsión o devolución de acuerdo con el artículo 10 apartado 2°, o bien, de la orden de expulsión administrativa contenida en el artículo 13 párrafo 14, emitirá una sentencia de sobreseimiento, al igual que en el caso de presentación de una solicitud de protección internacional de acuerdo al Decreto Legislativo 19 de noviembre 2007, o la emisión de un permiso de residencia en los casos contemplados en el artículo 5, apartado 6°.

Ahora corresponde el estudio de la situación migratoria de Iberoamérica. Analizaremos primeramente a **Argentina**, un país que recibió durante fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX miles de inmigrantes de origen europeo, que en la década del 60 se redujo y fue reemplazada por el ingreso de flujos migratorios desde países vecinos, latinoamericanos. En este contexto, en el año 1981, en plena dictadura militar, se dictó la ley 22.439 (“Ley Videla”), con jerarquía de decreto ley propio de un gobierno de facto. Este decreto fue una fuente inagotable de privación de derechos humanos de las personas migrantes e impidió la regularización de su situación migratoria, se permitía la detención de personas y expulsión sin ningún tipo de control legal o judicial sobre la decisión administrativa, la obligación de denunciar la presencia de inmigrantes irregulares, restricciones de derechos básicos, etc. A pesar de la recuperación de la democracia, la normativa de los migrantes no tuvo un desarrollo positivo, ante la cual el Poder Legislativo reconocía la necesidad de adecuar la legislación a los principios en materia de reconocimiento de derechos de los migrantes contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, pero el Poder Ejecutivo, por su parte, continuaba ampliando discrecionalmente las características discriminatorias de la ley Videla, promoviendo la autonomía de la autoridad migratoria para establecer criterios de admisión y expulsión sin ningún tipo de control legal sobre esa actividad. Esta realidad impidió que incluso los convenios internacionales firmados con países de la región que pretendían buscar

alternativas para la regularización de esos inmigrantes, fueran eficientes para alcanzar ese objetivo. De todas formas es necesario aclarar que el Poder Judicial tampoco asumió en democracia la función de proteger los derechos de los migrantes.

Luego de dos décadas del retorno al Estado de Derecho, a fines de 2003, se derogó la Ley Videla y aprobó una nueva Ley de Migraciones (N° 25.871)<sup>62</sup>.

En la nueva Ley, 25.871, su art. 116, comprende el tipo penal de “realización, promoción o facilitación del tráfico ilegal de inmigrantes”. El concepto de tráfico de personas está definido en el mismo artículo en el párrafo 2, como el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio. “Lo que se persigue al tipificar como delito el tráfico ilegal de personas es reprimir la actividad de aquellas personas que facilitan y/o promueven el cruce ilegal de personas por las fronteras de un país, con el propósito de obtener un beneficio económico, es decir, se persigue la actividad de aquellos que lucran con la necesidad migratoria del emigrante. En consecuencia, incurren en este delito quienes realizan esa actividad con un propósito de beneficio económico”<sup>63</sup>.

Es necesario precisar que la tipificación del delito es un tanto laxa y pueden llevar a una serie de interpretaciones diferentes. La utilización del término *beneficio* no es clara ni precisa, pero es posible precisarla y resulta coherente con la terminología utilizada en el art. 29 inc. 1 “f” de la ley 25.871 cuando establece como impedimento para el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio argentino haber sido condenado en la argentina o tener antecedentes por promover o facilitar con fines de lucro el ingreso, permanencia o el egreso ilegal de extranjeros en el territorio nacional. Como se ve dicha norma se refiere específicamente al propósito de naturaleza económica<sup>64</sup>.

El elemento normativo incluido en el tipo es la ilegalidad, equiparado al término irregularidad. La condición de ilegal se adquiere, entre otras, cuando se ingresa al país

---

<sup>62</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales, Federación Internacional de Derechos Humanos, “Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”, Federación Internacional de Derecho Humanos, Argentina, 2011, cfr. págs. 4 – 7.

<sup>63</sup> González, Josefina, “Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios”, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Argentina, 2008, pág. 7.

<sup>64</sup> Ídem, cfr. págs. 5 – 8.

violando las leyes y reglas correspondientes al paso transfronterizo (por ejemplo la intromisión clandestina por fuera de los pasos y controles limítrofes).

El sujeto activo puede ser cualquiera persona. Se admiten todas las formas de participación. Y, el sujeto pasivo es el inmigrante, el extranjero, que según el art. 2 de la ley, inmigrante es todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecer definitivamente, temporaria, o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente. Dicha disposición presupone la convivencia, el acuerdo o el consentimiento del extranjero que desea traspasar las fronteras nacionales, puesto que de lo contrario se estaría cometiendo delitos contra la libertad o incluso en el delito de trata de personas, que como ya se sabe, es distinto al delito de ingreso clandestino que intentamos reconocer en la legislación Argentina. Esto es corroborado por la agravante que significa el empleo de medios comisivos para doblegar la voluntad de la víctima.

Por último, el ilícito se consuma cuando se logra traspasar el límite fronterizo, ya sea ingresando o saliendo del país.

“Mediante el Decreto 616/2010, se reglamentó la Ley de Migraciones, reglamentación que consolida la política de no discriminación hacia los extranjeros y hace realidad muchas de sus disposiciones que aún no podían efectivizarse. En efecto, la reglamentación incorpora el derecho humano a migrar, el acceso a la justicia, la prohibición de expulsiones sin el debido control judicial y la reducción de los supuestos de detención de migrantes que se encuentran en el país”<sup>65</sup>.

Se reconoce el tránsito de una política voluntarista y restrictiva a una política realista y abierta, un mérito de la nueva ley, que posiciona al país como precursor de una política migratoria abierta e inclusiva. Sin embargo, este reconocimiento a la legislación argentina tuvo un largo periodo de desarrollo, ya que en 1965 el Reglamento de Migración (Decreto 4418) incluyó la medida de expulsión para los inmigrantes ilegales, aquellos que ingresaban sin someterse a control migratorio; por lugar no habilitado a tales efectos; no cumplen los requisitos legales que condicionan el ingreso y/o la permanencia en sus distintas categorías; o permanecen en el país una vez vencido el plazo de permanencia. A

---

<sup>65</sup> Benencia, Roberto, “Perfil migratorio de Argentina”, Organización Internacional para las Migraciones, Argentina, 2012, pág. 75.

partir de 1987, por Decreto 1434, los procedimientos migratorios debieron ajustarse a este nuevo Reglamento de Migración. Es así como las leyes migratorias argentinas trataron de regular las posibilidades de ingresar y permanecer en el país con disposiciones selectivas siempre, pero que de alguna forma fomentó la llegada y la instalación de europeos, hasta que un repliegue sobre lo nacional, tuvo por efecto un endurecimiento progresivo de las normas restrictivas que fueron limitando los flujos. De todas formas, la estructuración de normas legales cada vez más rígidas sobre las características requeridas para la admisión favoreció el aumento de la ilegalidad, por eludir los controles de frontera, permanecer o trabajar sin autorización. Sin embargo, Argentina ha logrado configurar un sistema de acogida de inmigrantes producto de la derogación de la ley 22.439 y el reglamento 1023/94 en todos los artículos incompatibles con la ley 25.871 de 2004, que rige actualmente, la cual ha eliminado los preceptos que antes permitían la detención por el tiempo estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión de los inmigrantes ilegales. Por lo tanto, hoy no hay norma que penalice a quien ingresa clandestinamente a territorio nacional, sino que sólo a quién o quienes facilitan el ingreso por lugares no habilitados<sup>66</sup>.

Continuando con el análisis legislativo y de política migratoria de países de América, proseguimos con **México**, país que ha reconocido que la migración, como todo fenómeno social incumbe al Derecho, por ser éste el complejo de normas e instituciones que imperan coactivamente en la comunidad estatal, el cual pretende resolver los problemas de la realidad social a partir de un orden jurídico supremo, sistemático, institucionalizado, coercitivo, analítico y accesible a todos<sup>67</sup>.

En México, debido a la observancia de normas constitucionales que configuraban calidades migratorias era indispensable dictar leyes sobre emigración e inmigración, entre otros temas. Así en 1908 se aprobó la Ley de Inmigración, ampliada en 1926; luego, en 1930, se decreta una nueva Ley de Migración; y, posteriormente, en 1936 se promulga la Ley General de Población, la cual fue modificada en 1974 y 1990 con la intención de configurar una nueva política de población, más amplia e integral.

---

<sup>66</sup> Cozzani, María Rosa, "Inmigrantes limítrofes en Argentina. ¿Tolerancia o rechazo?", Les Cahiers ALHIM, Université de Paris 8, n°1, 2001, cfr. párrafo. 1 – 36.

<sup>67</sup> Martínez, Iñigo, "Despenalización de la inmigración indocumentada", Grupo Parlamentario del PRD en la Cámara de Diputados, México, 2004, cfr. pág. 1.

La Ley General de Población en su artículo 123, bajo el Capítulo VIII “Sanciones”, señala: Se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país.

Se puede reconocer bajo el precepto señalado que la legislación mexicana en materia migratoria penaliza severamente las conductas de los inmigrantes indocumentados, lo que demuestra el desfase con la realidad y de las necesidades del país para llevar a cabo una gestión moderna y efectiva de los flujos migratorios. En palabras del Ministro Iñigo Martínez, Asesor de la coordinación de Política Internacional, es posible considerar a la legislación mexicana en materia migratoria como una de las más amenazadoras en el mundo, pero que no ha impedido o desestimulado la inmigración hacia México, sino que lo único que ha logrado es facilitar la labor de las autoridades migratorias a actuar con toda impunidad, aprovechándose de este marco jurídico obsoleto que considera como delincuentes a los inmigrantes indocumentados y, por consiguiente, hacer del negocio del tráfico de personas unos de los negocios más lucrativos de la actualidad. Esta normativa ha sido severamente criticada por diversos organismos de defensa de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales. La oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, en su diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos ha recomendado destipificar las actividades inherentes a la migración, eliminando los tipos penales que criminalizan al migrante y dejando sanciones meramente administrativas<sup>68</sup>.

La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, sobre su visita a México en el año 2002, manifiesta la preocupación por el contenido de la Ley relativo a las sanciones penales aplicables a los inmigrantes indocumentados. Esta normativa, señala la Relatora, “criminaliza a los inmigrantes indocumentados y puede ser aplicada incluso a las víctimas de trata y tráfico” y se invita a México a adecuar el marco legislativo en la materia según el Derecho internacional<sup>69</sup>. Además, se considera que el ingreso no autorizado no debe tipificarse como delito y se recomienda al Estado que considere la eliminación de la tipificación penal de esta conducta, con la pretensión de que se ajuste a la realidad migratoria y a lo dispuesto

---

<sup>68</sup> Ídem, pág. 2.

<sup>69</sup> Ídem, pág. 3.

por la Convención y otros instrumentos internacionales, debiendo eliminar como delito penado con privación de la libertad la entrada irregular de una persona a su territorio<sup>70</sup>.

En el mismo sentido, el subsecretario de Población y Asuntos Migratorios del gobierno federal mexicano ha señalado que “es necesario quitar a la migración ilegal cualquier relación con la criminalidad para ubicar a los indocumentados a lo sumo como partícipes sólo de faltas administrativas”.

Establecer la pena de prisión para los actores de la migración indocumentada es criminalizar la pobreza y la búsqueda de oportunidades, ya que no se atenta contra bien jurídico alguno. Si bien los países tienen soberanía, no pueden abusar de ella. No se debe criminalizar o penalizarse a una persona por su calidad de inmigrante.

Es por esta situación que se aprobó el proyecto de decreto que derogó el 21 de Julio de 2008, entre otros, el artículo 123 de la Ley General de Población, esta iniciativa buscaba evitar las sanciones contra la inmigración indocumentada y garantizar el derecho de las personas a la libertad y dignidad. El decreto establece ahora sólo sanciones económicas, eliminando toda pena corporal para las conductas consideradas ilícitas cometidas por inmigrantes indocumentados. Dicha reforma armoniza el orden jurídico nacional con los tratados internacionales firmados y ratificados por parte del Estado mexicano en materia de derechos humanos y protección de los migrantes, garantizándole un trato digno a quienes ingresar, transitan y salen del territorio nacional<sup>71</sup>.

En **Brasil**, la Ley N° 6.815 de 19 de Agosto de 1980, que define la situación jurídica del extranjero en Brasil y crea el Consejo Nacional de Inmigración, en su art. 124, capítulo 1, establece las infracciones y sanciones, los cuales dispone que se someterá el infractor a las sanciones de este artículo, el que entra en territorio brasileño sin autorización (clandestina), con la pena de deportación.

En Marzo del 2004, con los decretos 5.015 y 5.017, Brasil ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra el Crimen Organizado Transnacional, el Protocolo Adicional para la Prevención, Represión y Punición de trata de Personas, Especialmente Mujeres y

---

<sup>70</sup> Ídem, cfr. págs. 5 – 8.

<sup>71</sup> Boletín Informativo, Derechos humanos: Agenda Internacional de México, México, 2008, cfr. pág.1.

Niños y el Protocolo Adicional de Trata de Migrantes por vía Terrestre, Marítima y Aérea. Luego de esta ratificación, el año 2005, el presidente sancionó cambios en el Código Penal brasileño.

En el artículo 231, hace referencia al crimen de trata internacional de personas para fines de explotación sexual, por lo que sólo se trataría de una regulación para el tráfico de personas con fines de prostitución y no habría regulación del ingreso clandestino ni tampoco respecto a la facilitación del ingreso clandestino sin estos fines en el Código penal<sup>72</sup>.

Sin embargo, la Ley 6.815 sigue rigiendo hoy en el territorio brasileño, el cual está siendo objeto de muchas críticas, entre ellas, considerada obsoleta por las autoridades, es una legislación que se creó con base en la doctrina de la seguridad nacional que necesita con urgencia incorporar una visión más dirigida a la protección de los que buscan en el país la oportunidad de hacer un nuevo proyecto de vida, de acuerdo con los preceptos internacionales de los derechos humanos.

Para continuar, se expondrá la situación actual de **Perú**, que en el art. 303-A del Código penal establece que “el que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente lucro o cualquier otro beneficio para sí o para un tercero será reprimido con pena privativa de libertad no menos de cuatro ni mayor de seis años”, artículo incorporado el año 1999 mediante la ley 27202 y modificado en enero de 2007, mediante la ley 28950.

Ahora, más precisamente con el ingreso clandestino de inmigrantes, la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N° 703, del 5 de noviembre de 1991) en su art. 64 señala que la expulsión del país procederá, 1, por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional.

El referido reglamento que incluye aspectos relacionados con la política integral contra la trata de personas, las acciones de prevención de este delito y del tráfico ilícito de migrantes, así como la persecución y sanción de ambos ilícitos, y la protección y asistencia

---

<sup>72</sup> Enrique Aschieri, M., “Análisis descriptivo de las Instituciones Responsables de la Gestión de las Políticas Migratorias en Argentina, Brasil y Chile”, UE – ALC, España, 2011, cfr. págs. 12 – 15.

a las víctimas, familiares directos dependientes, colaboradores, testigos y peritos en la trata de personas, sigue rigiendo en territorio peruano, por lo que se puede concluir que el delito de ingreso clandestino si se encuentra contemplada en la legislación peruana bajo esta ley, procediendo la expulsión del país si se comete dicho delito, ingresar a territorio nacional por lugares no habilitados o fraudulento como señala la norma antes señalada.

Para hacer un análisis comparativo con países, tanto europeos como americanos, es necesario hacer una breve descripción de la legislación actual que regula el ingreso clandestino y el tráfico de personas en territorio nacional chileno.

En **Chile** la regulación en materia migratoria la proporciona la base legal dada por el Decreto Ley 1.094, sancionada en 1975 por un Gobierno de facto del general Augusto Pinochet, a la que se alude como Ley de Extranjería. A pesar de que la ley de extranjería entraña los vicios propios de las legislaciones migratorias sancionadas a la sombra de la doctrina de la seguridad nacional y reconozca que está lejos de responder al respeto de los derechos humanos de los extranjeros que residen en Chile, ésta sigue vigente<sup>73</sup>.

El Decreto Ley 1.094, en su artículo 69 señala que los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Luego, una vez cumplida la pena impuesta, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional.

Lo interesante de esta normativa radica en que no obstante ser una legislación administrativa, a lo menos desde la perspectiva orgánica, contempla infracciones penales, las cuales deben ser sustanciadas y juzgadas en sede criminal y en segundo término, se privilegia un criterio de prevención general, al exigirse el cumplimiento de la pena impuesta para la infracción respectiva, debiendo luego, ejecutarse la expulsión que es resorte privativo de la administración.

Respecto a la expulsión y sus razones político criminales no han sido desarrolladas en parte alguna por el legislador; no se realiza una exposición de motivos o una declaración

---

<sup>73</sup> Castillo, I., Lekanda, P., “Políticas migratorias en Argentina y Chile. Acción y reacción frente a un fenómeno de alcance global”, Chile, 2010, cfr. págs. 10 – 14.

que permita establecer la finalidad de esta disposición. De todos modos, es posible inferir que la expulsión obedece a la necesidad de desmasificar las cárceles, como consecuencia de la necesidad de reducir los índices de prisionización<sup>74</sup>.

Por último es pertinente señalar que la Ley N° 20.507, de 2011, tipificó los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Mediante modificaciones al Código penal y la incorporación del art. 411 bis, estableció como delitos, con sus correspondientes penas, el facilitar o promover, con ánimo de lucro, la entrada ilegal a Chile de extranjeros. Sin embargo, esta incorporación de nuevos tipos penales en temas migratorios, no produjo una modificación de fondo respecto al sujeto pasivo del delito de tráfico de personas, sujeto pasivo que, por aplicación del art. 69 del DL 1.094, es sujeto activo o autor del delito de ingreso clandestino, una gran incongruencia en el sistema normativo.

## **2. Comparación de las legislaciones antes señaladas y Chile.**

Las consecuencias de las desigualdades impuestas por el grado de desarrollo económico, por un lado, y por los diferentes escenarios demográficos, por otro, constituyen la base de la explicación general de la migración entre los países de América hispana. A nivel internacional se ha reconocido la necesidad de establecer parámetros que permitan hacer proyecciones confiables de la evolución futura de las migraciones, pero estos se enfrentan con elementos perturbadores, como la legislación migratoria de algunos países de la región<sup>75</sup>.

En Iberoamérica es posible reconocer sistemas o modelos diversos frente al fenómeno migratorio. Al hacer un análisis global de la situación de la región es factible observar tres sistemas. Primero, un sistema restringido y limitado respecto a la admisión y reconocimiento de derechos básicos de los inmigrantes. Segundo, un sistema medianamente inclusivo, en que es posible ingresar a territorio nacional, pero con bajas

---

<sup>74</sup> Salinero, Sebastián, “La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Revista Política Criminal*, vol 6, n° 11, art. 4, cfr. págs. 106 – 141.

<sup>75</sup> \_Pellegrino, Adela, “La migración Internacional en América Latina”

[http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/34411/LCG.164\\_p6.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/34411/LCG.164_p6.pdf)

Fecha última de consulta: Jueves 06 de Diciembre de 2013.

posibilidades de realización, esto como resultado de una legislación restrictiva que se encuentra en vías de desarrollo, hacia una normativa migratoria más permisiva del ingreso de extranjeros. Por último, un sistema basado en el reconocimiento de los migrantes como sujetos titulares de derechos con legislaciones que favorecen la libre circulación de extranjeros.

Argentina posee una legislación que se alista en un sistema de inclusión efectiva de los inmigrantes, donde la movilidad humana es reconocida como un derecho humano esencial. Argentina ha logrado terminar con el legado del gobierno de facto que impuso una regulación restrictiva, que consideraba a las migraciones como un problema poblacional que debía resolverse mediante el control policial, manteniéndose vigente la Ley General de Migraciones y Fomento de la inmigración, Ley Videla, por más de dos décadas, hasta que en el año 2003 se aprueba la nueva Ley de Migraciones, ley que elimina la posibilidad de detención y expulsión de los inmigrantes que han ingresado de forma clandestina. Hoy sólo se contempla el delito de tráfico de inmigrantes en su legislación, delito que comete quien facilita el ingreso clandestino de extranjeros a territorio nacional, pero que no considera, bajo ningún supuesto, la calidad de sujeto activo de quien ingresa, sino que es posible estimar su calidad de víctima del delito.

A diferencia de Argentina, México no ha logrado un sistema con perspectiva de derechos humanos acorde a la normativa internacional. A pesar de haber eliminado la posibilidad de prisión y multa por el delito de inmigración clandestina y actualmente conservar el delito pero bajo una sanción meramente económica, se reconoce aún, pese a la promulgación de una nueva ley de migraciones en 2008, la crisis institucional en que se desenvuelve la regulación del fenómeno de la inmigración, que impide brindar garantías a los migrantes en tránsito. Es posible reconocer aún el endurecimiento de los controles migratorias y el manejo del fenómeno migratorio a partir de esquemas de seguridad, esto debido a que la actual política y práctica migratoria se realiza fundamentalmente fuera del marco jurídico constitucional y migratorio por la falta de esquemas de protección efectiva en la Ley General de Población, por lo que todavía es posible percibir situaciones de privación de libertad, procedimientos de deportación, etc., fuera del marco jurídico. La incongruencia normativa de la situación de los migrantes en México y la lucha por los

ciudadanos mexicanos por lograr un trato digno en otros países como Estados Unidos, hace necesario con urgencia una reforma a la situación migratoria de dicho país, se debe terminar con la legislación privativa de derechos, limitativa a la hora de permitir el ingreso o de gozar de derechos, aunque sean los básicos.

Gracias a este análisis, es factible equiparar el sistema mexicano con el chileno; sin embargo, el mexicano ha logrado lo que en Chile aún no se logra, la eliminación de la sanción de privación de libertad para quien ingresa a territorio nacional de forma clandestina, expulsión o deportación. Pese a que México prevé este delito, sólo lo sanciona con multa, a diferencia de Chile, que lo contempla y además lo pena con prisión y posibilidad de expulsión. Por lo tanto, es posible considerar a México como un sistema intermedio, medianamente permisivo y en vías de desarrollo hacia una legislación más inclusiva, a diferencia de Chile, el cual se enmarca dentro del sistema más restrictivo y limitativo frente a la situación de los inmigrantes junto a Brasil, que mantiene la deportación como sanción al delito de ingreso clandestino contemplada en la ley 6.815 y Perú que contempla la expulsión del país por la comisión del delito de ingreso clandestino o fraudulento al país.

Es necesario entonces hacer un reconocimiento al avance y evolución en la región a Argentina, que es el único país que se encuadra en un sistema de inclusión efectiva de los inmigrantes.

En cuanto a los países europeos, a modo de conclusión sobre sus sistemas, se puede observar cómo el asunto de la inmigración se ha ido tornando cada vez más restrictivo en estos países, y a la vez, atendiendo requisitos estrictos para el ingreso y permanencia. Además, las regulaciones legales denotan una clara normativa utilitarista en cuanto al ingreso de ciertos trabajadores mejor calificados y llama mucho la atención la mezcla entre normas tanto administrativas como penales. De ahí que muchos autores hablen de la “administrativización del Derecho penal”, ya que numerosos cuerpos que regulan los flujos están incorporando los delitos referidos a la inmigración clandestina, y no los Códigos Penales, resintiendo en gran medida los derechos fundamentales de los migrantes.

En parte, gran influencia en esta severidad y creación de nuevos tipos va de la mano con que este asunto dejó de ser una política exterior y de desarrollo como tal, sino que ha pasado a ser un verdadero problema de seguridad nacional, sobre lo cual nos pronunciaremos posteriormente cuando se analice el bien jurídico del delito. Por otro lado, se tiende a relacionar demasiado la inmigración clandestina con su facilitamiento, donde Estados muy particulares, como Italia, han consagrado derechamente el delito de inmigración clandestina como tal.

Es así como Europa va cerrando las puertas a este fenómeno, generando en la imagen del inmigrante cada vez más la relación con un delincuente, dejando ciertas salvedades normativas sólo en casos excepcionales humanitarios, de necesidades urgentes, o bien, facultando la soplonería a través de rebajas por ayuda efectiva hacia las autoridades.

Ahora bien, en cuánto al inmigrante que se encuentra ilegalmente dentro del territorio, se pudo notar claramente que España conserva el sistema más tenue, ya que frente al delito de ingreso clandestino se sanciona con multa y/o expulsión, privilegiando la multa y procediendo, en casos muy graves, la expulsión. También dentro de estos sistemas de regulaciones menos nocivas hacia la figura del inmigrante ilegal encontramos al Reino Unido, donde la inmigración clandestina será tomada en cuenta bajo ciertos supuestos expresamente establecidos en la ley y que impide una interpretación analógica, como el ingreso por lugares no habilitados, o el empleo de medios como el engaño.

Ya en el caso Francés y Alemán se observa una severidad punitiva más clara, enmarcándose en un sistema totalmente restrictivo y limitativo de los derechos de los inmigrantes y su posibilidad de ingreso, egreso y tránsito en territorio francés o alemán. Esto surgió al añadir pena de cárcel a los inmigrantes que ingresen clandestinamente al país también cumpliendo ciertos supuestos. Pero, sin duda alguna, la regulación jurídica más severa y donde efectivamente existe el delito de inmigración clandestina similar a nuestro país es en Italia, que ha contemplado supuestos jurídicos tan sorprendentes que la criminalización ha llegado a alcanzar hasta a quienes arrienden un inmueble a estos inmigrantes. De todas formas, hay que mencionar que el delito de inmigración clandestina en Italia sólo es penado con una multa y no con pena efectiva de cárcel. Debido a esto, a pesar de la rigurosidad de todas estas normativas, debemos destacar que los países europeos

regulan todos los supuestos bajo los cuales se penará el ingreso clandestino, a diferencia de Chile, que es un tipo abierto, que admite diversas interpretaciones al respecto, donde se pueden enmarcar diversos medios de comisión del delito y que sólo agrava el hecho de hacerlo por lugares no habilitados, permitiendo otras formas de llevar a cabo este ingreso clandestino. Sin embargo, la sanción establecida para este delito, Chile no contempla la multa; sólo considera la privación de libertad y la expulsión discrecional por parte de la Administración del Estado, a diferencia de Italia, que si contempla la multa, pero que lamentablemente igual faculta a la autoridad para expulsar a quienes cometen dicho delito, incluso permitiendo un modo simplificado de expulsión.

### CAPÍTULO III

#### ANÁLISIS CRÍTICO DEL DELITO DE INGRESO CLANDESTINO EN CHILE, ARTÍCULO 69, DECRETO LEY 1.094.

##### 1. Análisis del delito. Elementos y apreciaciones.

El Decreto Ley 1.094, el cual establece las normas de extranjerías en Chile y que entró en vigencia el año 1974, señala en el artículo 1: “el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros se regirán por el presente decreto ley”.

El artículo 69 del mismo cuerpo normativo determina: “los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si entraren al país existiendo a su respecto, causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.

Para realizar un análisis crítico del tipo penal y sus repercusiones es indispensable analizar, primeramente, los elementos normativos del tipo.

En atención al artículo citado, el **sujeto activo**, quien lleva a cabo la conducta típica, corresponde al extranjero que ingresa al país o intenta egresar de él clandestinamente. Según la Real Academia Española, extranjero es la persona que es o viene de un país de otra soberanía, por tanto es necesario que el detente una nacionalidad

distinta a la chilena. Es por esto que se considerará a este delito como un delito especial, “de aquellos que sólo pueden cometer quienes poseen determinadas calidades”<sup>76</sup>.

Continuando con el análisis, es posible visualizar una ausencia de **sujeto pasivo**, el ofendido por el delito, pues no hay quien padezca sus efectos. Ahora, si se asume la convicción de que el bien tutelado son los intereses del Estado, podría entonces considerarse al Estado y la sociedad misma como sujetos pasivos del delito, tema que se abordará más adelante.

En las normativas internacionales el migrante tiene la consideración legal de objeto del tráfico, estimando como sujeto activo a quien facilita el ingreso de los migrantes y no a quien es objeto del mismo. Resulta reprochable el método impuesto mediante el Decreto Ley en cuestión, ya que no es sensato castigar a quién puede que haya sido engañado, quien busca nuevas oportunidades o quien ignora las consecuencias de sus actos, cometiéndolos por la necesidad vital de cometerlos. Ésta fórmula tiene repercusiones criminológicas en la lucha contra el fenómeno migratorio ilegal, permitiendo la construcción de una imagen del inmigrante-extranjero-ilegal bajo la noción del enemigo del Estado, en tanto sujetos que conforman un sector bajo sospecha: intrínsecamente, un sector de riesgo.

“Dado que la imagen del inmigrante se construye, según un juego de “símbolos” y “modelos”, en tanto fuente de conflictos, se procura mostrar la inmigración irregular como factor potencialmente perturbador de la cohesión social y convivencia con los autóctonos, causa del deterioro social, inseguridad y aumento de la delincuencia: así las cosas, se crea una categoría de sujetos peligrosos cuyo estatus de clase determina una condición de peligrosidad ontológica”<sup>77</sup>. Esto ha determinado actualmente un estancamiento en lo referente a una verdadera y justa aplicación del principio de igualdad como derechos humanos, al menos desde el punto de vista formal, la igualdad jurídica entre las personas constituye un principio capital, implícito en la noción del derecho de las personas,

---

<sup>76</sup> Politoff S., Matus, J., Ramírez, M., *Lecciones del Derecho Penal chileno. Parte general*, Santiago, Chile, 2ª ed., 2003, pág. 187.

<sup>77</sup> Ídem, cfr. pág. 301.

constituyendo al mismo tiempo una conquista ética y jurídica irreversible, indispensable para la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, ya que no puede articularse un régimen político democrático, sin igualdad básica entre todos los ciudadanos<sup>78</sup>. Es más, la alusión a la clandestinidad de la inmigración abunda en la dicotomía entre la posición del extranjero-inmigrante y el estatus privilegiado del autóctono, que no podrán ser jurídicamente extranjeros ni clandestinos. Aún más cuando el país receptor impone trabas y limitaciones para participar de la sociedad de “acogida”<sup>79</sup>.

El **núcleo o verbo rector** del delito consiste en el ingreso o egreso del territorio nacional, configurándose como un delito simple o instantáneo, en que el hecho punible se perfecciona con una acción cuya realización es inmediata, coincidiendo la acción con la consumación, quedando el agente en la imposibilidad de hacerlo cesar.

Es un **delito de acción**, se comete por un hacer contrario a una prohibición, en este caso, incumpliendo las normas de ingreso migratorio regular. A su vez, es **formal** porque el resultado coincide en el tiempo con la acción típica, al ingresar o egresar clandestinamente ya se consumó el delito, no requiere un resultado separado de la conducta que lo causa, basta con incumplir las normas de ingreso migratorio regular, siendo indiferente que el agente no logre su objetivo, solo se requiere la acción típica o incluso peor, el peligro de que estos resultados se produzcan.

El **objeto** sobre el que recae la acción de ingreso es el hecho mismo de la inmigración, lo que se podría denominar el cruce de fronteras, la línea divisora entre dos Estados.

Además, requiere de **dolo** directo, es decir, el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico, ingresar o intentar egresar del territorio nacional. Sin embargo, es posible inferir que también admite dolo eventual, toda vez que quien

---

<sup>78</sup> Ídem, cfr. pág. 320.

<sup>79</sup> Pomares, E., “Las incongruencias del Derecho Penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, cfr. pág. 300.

habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en esa voluntad esa alternativa para el caso de que se realice. En el caso en que el migrante se haya representado la posibilidad de que al andar por territorio cercano a la frontera de otro país podría traspasar sus límites sin autorización, asume y acepta dicho riesgo, configurándose el dolo eventual con un mero descuido.

El adjetivo “**clandestinamente**” lo que hace es delimitar el concepto de la inmigración. Debe advertirse que no es un concepto equivalente a la ilegalidad, la ilegalidad es un concepto más amplio, es el traspaso de fronteras realizado con la infracción de cualquiera de las normas que disciplinan dicho tránsito. En cambio, la clandestinidad de la inmigración apunta a una determinada forma de ilegalidad, la que consiste en traspasar las fronteras sin posibilidad de conocimiento por las autoridades, por ejemplo, fuera de los puestos fronterizos habilitados, o bien por ellos pero de forma oculta, disimulando o camuflando la realidad. El artículo analizado señala que el delito se comete clandestinamente, es decir sin el conocimiento de las autoridades o de forma oculta por lugares habilitados, constituyéndose una atenuante específica el hecho de que se ingrese por un lugar inhabilitado. Se establece como una atenuación porque disminuyen la responsabilidad penal del autor del delito y a su vez es subjetiva, ya que atendiendo a la definición de clandestinidad señalada anteriormente, el hecho es igualmente grave que de no haber concurrido esta circunstancias, es decir, es de todas maneras un ingreso clandestino, pero menos reprochable a su autor debido a que no utilizó medios para disimular su entrada, sino que tan sólo lo hizo por un lugar no autorizado para dicho fin. En España esta interpretación conduce a reducir el ámbito de lo punible como inmigración clandestina, es más, una línea jurisprudencial reciente está suponiendo una limitación del ámbito típico al entender que no hay ilegalidad en el tráfico ni clandestinidad en la inmigración en los supuestos de entrada ostensible y visible. Se refiere a los casos en que se pretende entrar sin la documentación necesaria o a través de un control fronterizo de forma abierta y ostensible. Frente a esto, el Tribunal Supremo español, a través de la *STS de 15.02.1005 (Tol 603640)*, ha declarado que el sentido de ingreso clandestino va encaminado a castigar al que de una manera, más o menos subrepticia o tratando de burlar

los controles legales realiza su cometido<sup>80</sup>. La jurisprudencia en Chile no ha definido que se entiende por ingreso clandestino, sin embargo acota su ámbito de aplicación considerándose como necesario el comportamiento oculto realizado con hechos tendientes a defraudar.

La configuración de éste no requiere circunstancia subjetiva, a diferencia de España, por ejemplo, el cual enumera distintas actitudes psicológicas que puede asumir el sujeto activo del delito, como el ánimo de lucro, la necesidad de mano de obra barata, etc. En Chile es indiferente el motor de la conducta del migrante, cualquiera sea el motivo por el cual cometió dicha conducta se enmarca dentro del tipo delictivo.

Respecto a la **consumación** del delito, este se comete al ingresar a territorio chileno y al intentar egresar, al exterioriza cualquier acción que permita deducir inequívocamente que su intención es egresar del territorio, a pesar de con su actividad no se hayan cumplido todas las exigencias del tipo delictivo, pues el bien jurídico, objeto de la tutela pena, no ha sido suficientemente afectado. Es más, no requiere de agotamiento, no es necesario que el agente cumpla sus propósitos, basta con que haya hecho ingreso o haya intentado egresar, incluso más reprochable es que respecto al egreso ni siquiera se requiere efectivamente egresar, sino que con cualquier conducta tendiente a dicho fin, el delito se encuentra consumado.

En relación a la **autoría y participación**, el delito de inmigración clandestina no admite participación criminal, tal caso está penado por el Código penal. La reforma publicada el 8 de abril de 2011 al Código penal introduce el artículo 411 bis, a saber: “el que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”. Por tanto, quienes inducen o son cómplices o encubren al autor del delito de inmigración clandestina están facilitando la entrada ilegal, y por consiguiente se les aplicará la pena del delito de tráfico de migrantes

---

<sup>80</sup> Pérez, Esteban, op. cfr. pág. 263.

del Código penal, considerando al partícipe del delito de inmigración clandestina del Decreto Ley 1.094 como sujeto activo del delito de tráfico de migrantes del Código penal.

Por último, en cuanto a la **penalidad del delito**, la pena asignada para el delito es presidio menor en su grado máximo. Se atenúa la pena por cometer el delito en lugares no habilitados, presidio menor en sus grados mínimo a máximo y por no respetar resoluciones administrativas que prohíben el ingreso del actor a territorio nacional, con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. En su último inciso señala que una vez cumplida la pena impuesta en los tres casos anteriores, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional.

La expulsión, en relación a un catálogo penal, permite adoptar distintas posiciones en torno a su naturaleza jurídica, unos la consideran como una pena, otros como una medida de seguridad, se discute si ésta cumple un rol de sustitutivo penal o si tiene una naturaleza híbrida. A nuestro parecer toma fuerza la idea de sanción administrativa, aplicada luego de una sanción penal localizada orgánicamente en el Derecho administrativo, superando la posibilidad de considerarla una sanción penal, ya que no se encuadra en el catálogo de penas del artículo 21 del Código penal. A lo que más se asemeja es al extrañamiento, pero éste permite la opción del condenado a elegir el lugar de destino y en la expulsión no hay posibilidad alguna.

Una posición que parece muy interesante es la que considera a la expulsión como una renuncia al *ius puniendi* o a la posibilidad de ejecutar lo juzgado frente a determinados individuos, la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito<sup>81</sup>. Sin embargo, se trata de una consideración general, porque en el caso de la inmigración clandestina ya se juzgó y se ejecutó la pena al condenado, y que luego de su cumplimiento deberá procederse a la expulsión. Sin embargo, de igual manera podríamos acogernos a ella, ya que en la práctica se está haciendo una renuncia al *ius puniendi* al utilizarlo para fines que le son ajenos, como es la política de extranjería.

---

<sup>81</sup> Salinero, S., op., vol., nº 11., cfr. pág. 124.

La medida de la expulsión es utilizada en este caso como sobreacción frente a estos sujetos o grupos, operando de forma desigualitaria y desproporcional. Lo interesante de la normativa radica en que no obstante ser una legislación administrativa, a lo menos desde la perspectiva orgánica, contempla infracciones penales, las cuales deben ser sustanciadas y juzgadas en sede criminal y segundo, se privilegia un criterio de prevención general al exigirse el cumplimiento de la pena impuesta para la infracción respectiva, debiendo luego, ejecutarse la expulsión que es resorte privativo de la administración<sup>82</sup>. El tema de la expulsión ha sido bastante discutido, debido a que no se encuentra un fundamento real que permita entender el sentido de dicha sanción. Unos establecen que la expulsión descansa en la dificultad de reinserción social por falta de arraigo de los inmigrantes, lo que sin duda dependerá de las circunstancias de cada sujeto en particular. Otro sector afirma que es el orden a controlar la calidad del inmigrante. Se ha señalado también la necesidad de desmasificar las cárceles y reducir los costes económicos asociados a ellos, sin embargo, debido al bajo impacto que tienen los extranjeros en las cárceles chilenas en comparación a la población chilena que se encuentra en ellas tampoco resulta posible asumir esta idea. Se podría inferir, siguiendo también el caso español, que la expulsión obedece a una política criminal vinculada a una política de extranjería que persigue controlar los flujos migratorios hacia Chile.

Esta situación se vuelve más grave aún cuando se analiza en conjunto con la ley n° 20.603 que modificó la ley n° 18.216, la cual establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, publicada el 2012. Esta ley, en el inciso 3° del artículo 34, prescribe “el condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”. Por lo tanto, además de ser expulsado del territorio nacional, será sancionado con una prohibición de entrada. Esto, incluso, podría considerarse como una violación al principio *non bis in ídem*, basado en un principio superior, el de seguridad jurídica, que quiere impedir que alguien pueda estar indefinidamente sujeto a persecuciones litigiosas, cuando ya ha sido condenado y cumplido su condena o ya fue absuelto. Atendiendo a esto, en el caso en que un condenado por el delito de inmigración clandestina fuera expulsado e intentara ingresar nuevamente a territorio nacional, aunque sea de la

---

<sup>82</sup> Ídem, cfr. pág. 114.

forma prescrita por ley, no podrá ingresar, configurándose un doble juzgamiento por la misma causa.

Es menester hacer una mención a la desproporcionalidad de la pena asignada al delito de inmigración clandestina en comparación al delito de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Para el tipo básico del delito de tráfico de migrantes se impone un castigo de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. Es posible deducir que el delito de inmigración clandestina está penado con una pena totalmente desproporcional producto de intenciones escondidas del Poder ejecutivo a la hora de dictar dicho Decreto legislativo, y hoy por no haber sido objeto de derogación, porque como ya sintetizamos, el delito de tráfico de personas sí afecta un bien jurídico determinado, sí tiene un sujeto pasivo concreto y puede ser el cimiento de una organización criminal peligrosa y que por consiguiente es necesario que dicha situación sea objeto de regulación penal, penada incluso más que la inmigración clandestina por los efectos nocivos del delito en si.

## **2. Ausencia de bien jurídico.**

“Cuando el legislador se encuentra frente a un ente y tiene interés en tutelar ese ente, es porque lo valora. Su valoración del ente se traduce en una norma, que eleva el ente a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado”<sup>83</sup>.

“El tipo pertenece a la ley, pero ni la norma, ni el bien jurídico pertenecen a la ley, sino que se conocen a través de tipo legal y limitan su alcance. Así como un ámbito geográfico puede estar limitado por un río, sin que el río pertenezca al ámbito, la norma y el bien jurídico delimitan lo prohibido por la ley y se conocen mediante la ley, pero no pertenecen a ella”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Argentina, Editorial EDIAR, 6ª ed., 2003, pág. 378.

<sup>84</sup> Ídem, pág. 379.

Cuando el legislador manifiesta interés en un bien y crea una norma para tutelar ese bien, pensando en una consecuencia penal para la violación de ese bien, éste último pasará a ser un bien jurídico penalmente tutelado. De ahí a que no se concibe la existencia de una conducta típica sin que afecte un bien jurídico, debido a que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes<sup>85</sup>. Aunque podamos aceptar que el delito es algo más que la afectación de un bien jurídico, la afectación de éste es indispensable para configurar la tipicidad. Por eso la labor central del bien jurídico es darle un sentido teleológico a la ley penal<sup>86</sup>.

El Profesor Zaffaroni define: “bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”<sup>87</sup>. Explicando luego, que si bien, dentro los bienes jurídicos suelen mencionarse tales como la vida, el honor, la propiedad o la administración pública, aunque no es incorrecto decir que el honor es un bien jurídico, eso no es más que una abreviatura, ya que el bien jurídico no vendría a ser propiamente el honor, sino que el derecho a disponer del propio honor, así como también el bien jurídico no es la propiedad, sino que el derecho a disponer de los propios derechos patrimoniales. De ahí que el orden jurídico que el Estado tutela contra estas conductas que le afectan no es la “cosa en sí misma”, sino que la relación de disponibilidad del titular con la cosa. Así podría decirse en términos más simples que “los bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos”. Cuando una conducta impide o perturba la disposición de esos objetos, esa conducta afecta al bien jurídico, y algunas de esas conductas están prohibidas por la norma que genera el tipo penal<sup>88</sup>.

A la hora de hablar del bien jurídico protegido en el delito tipificado en nuestra legislación es imposible no encontrar dificultades, tanto porque está contenido en una norma administrativa dictada hace bastantes años mientras el país se encontraba en dictadura, como también por la forma en que está redactado el mismo.

---

<sup>85</sup> Ídem, cfr. pág. 384.

<sup>86</sup> Ídem, cfr. pág. 385.

<sup>87</sup> Ibídem.

<sup>88</sup> Ibídem, cfr.

En este sentido, buscando un punto de partida que permita sacar al tintero algunos posibles bienes jurídicos, debemos remitirnos a lo que viene discutiendo la doctrina española en cuanto a sus delitos de facilitación de ingreso clandestino y a los referidos a la trata de personas.

Todos los comentarios ligados a que el bien tutelado serían derechos e intereses referidos al inmigrante, tales como la dignidad del migrante, los derechos y libertades de los extranjeros, o su seguridad personal, no son aplicables al delito tipificado en Chile. Y es por lo mismo, que quizás lo más acertado sea relacionar este bien jurídico tutelado, o que se pretende tutelar, con el mismo aparato estatal, y vincularlo al control de las políticas migratorias, al control de las fronteras o al orden socioeconómico del Estado<sup>89</sup>.

Un sector importante de la doctrina española estima que el bien jurídico protegido con esta clase de delitos tiene carácter supraindividual vinculado al interés del propio Estado. En particular se considera que el bien jurídico protegido es el interés estatal en el control de los flujos transfronterizos de personas como medio para mantener la política migratoria establecida por el Estado. También se ha señalado que el objeto de protección jurídica es el control de las fronteras. Lo que ha llevado a la plena equiparación, desde un principio, entre el delito de tráfico ilegal de personas con el delito de inmigración clandestina<sup>90</sup>.

Otra idea que se ha mencionado es que se buscaría tutelar la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y los criterios legales, como también, a partir de una idea funcionalista del bien jurídico por parte de Arroyo Zapatero, que el bien jurídico protegido no sería más que la política migratoria del Estado, entendida como una actividad que tendría por objeto gestionar de adecuada forma los flujos migratorios, persiguiendo con ello objetivos de la más diversa índole, los cuales podrían abarcar desde la prevención de problemas sociales, como la marginalidad o la delincuencia, hasta preservar la identidad cultural de una sociedad. Aunque los fines prioritarios de toda política migratoria son la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de

---

<sup>89</sup> Silva, M.L., “Estudio del art. 318 bis del Código Penal Español”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, cfr. pág. 184.

<sup>90</sup> Pérez, Esteban, op. cfr. pág. 335.

prestaciones sociales, y en íntima conexión con ello se encontraría la pretensión de preservar el nivel de prestaciones sociales que caracterizan al Estado de bienestar. Por lo mismo, la política migratoria trata de conseguir que los imparables flujos migratorios se realicen de modo tal que no desborden la capacidad financiera y asistencial del Estado<sup>91</sup>. “El problema surge a la hora de concretar y articular la protección de estos intereses como bienes jurídico-penales”<sup>92</sup>.

Por su parte, es también interesante tomar un extracto de la postura de Rodríguez Montañés, el cual considera que nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter material) en que se tutela uno de los aspectos del fenómeno migratorio. El que, si bien, resulta una idea interesante, lo aborda enfocado a los derechos individuales de los migrantes en la legislación española<sup>93</sup>. Lo que sí está claro es que nosotros no tutelamos bajo ningún caso al inmigrante, sino que esto tendría más bien relación con la garantía de las barreras de autoprotección frente a los flujos migratorios del Estado receptor<sup>94</sup>. Al respecto, resulta muy interesante lo mencionado por Guardiola García en orden a que “si quiere cuestionarse la legitimidad de erigir una política migratoria en bien jurídico penalmente protegido, no puede olvidarse al hacerlo que en definitiva estas políticas vienen a ser una determinada expresión del orden socioeconómico diseñado en nuestra Constitución”<sup>95</sup>. Todo eso pone bien claro que el bien jurídico protegido no podría ser otro que algo relacionado con el control de los flujos migratorios y la defensa del actual modelo socioeconómico. Y en tal caso la conducta típica tendrá la consideración de una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito, puesto que el objeto de tutela serían las propias normas reguladoras del acceso y permanencia de extranjeros en el país<sup>96</sup>.

De esta forma, se estaría llevando a cabo una política migratoria a través de la Ley de extranjería y de la Administración Pública, complementándose con el Derecho penal y la Administración de Justicia mediante la tipificación expresa de una modalidad delictiva del

---

<sup>91</sup> Ídem, cfr. pág. 336.

<sup>92</sup> Ídem, pág. 337.

<sup>93</sup> Ibídem, cfr.

<sup>94</sup> Ídem, cfr. pág. 338.

<sup>95</sup> Ibídem.

<sup>96</sup> Ídem, cfr. pág. 345.

ingreso clandestino al país, donde el Derecho Penal vendría a cumplir la función de reforzar la eficacia y la vigencia de la normativa administrativa reguladora de los flujos migratorios, que está destinada a la consecución de fines muy diversos. Con la idea de que los imparable flujos migratorios se realicen de forma ordenada y controlada, de modo tal que no desborden la capacidad financiera y asistencial del Estado<sup>97</sup>.

Pero como bien señala la doctrina española, no se trata de perseguir penalmente todo cruce no autorizado de las fronteras de forma indiscriminada, ya que eso sería catalogado como un exceso penal, y que aquella conducta que tendría la verdadera capacidad de afectar el bien jurídico sería aquella que convierta esta actividad en un negocio rentable, donde exista un traslado de inmigrantes que sea producto de una verdadera industria, de las cual se obtendrían importantes beneficios<sup>98</sup>.

Incluso, el contexto histórico de nuestra Ley de Extranjería, nos podría llevar a inferir que el bien jurídico tutelado sea la seguridad de la nación, ya que el principal objetivo de esta norma era evitar la entrada de elementos peligrosos o terroristas que amenazaran la estabilidad nacional, careciendo de sentido alguno, tornando la regulación como innecesaria, anacrónica e insatisfactoria desde el punto de vista penal.

De todas formas, es muy criticable la concepción estatal del bien jurídico debido a su formalismo y funcionalismo, en el sentido de que el Derecho penal estaría dejando de cumplir su misión habitual de proteger bienes jurídicos para pasar a cumplir funciones del Estado, que tradicionalmente han sido la competencia propia de otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho administrativo<sup>99</sup>. Pero paradójicamente, a modo de nuestro estudio, resulta la única respuesta razonable para tratar de entender siquiera que efectivamente existe algún bien jurídico con pretensiones de ser protegido. De ahí, a que es muy probable que estemos frente a un delito de peligro abstracto o falta de bien jurídico.

---

<sup>97</sup> Ídem, cfr. pág. 360.

<sup>98</sup> Ibídem, cfr.

<sup>99</sup> Ídem, cfr. pág. 363.

### 3. Administrativización de la Justicia penal.

Las relaciones del Derecho punitivo con el administrativo son especialmente complejas. A partir de mediados del siglo XIX, se han vuelto cada vez más enmarañadas debido a numerosos factores que han oscurecido sus fronteras, y junto a ello, las existentes entre sus respectivos recursos de reacción frente al ilícito. La distinción entre pena de carácter penal, administrativa y disciplinaria ha llegado a constituirse en un problema cuyas consecuencias prácticas son graves y cuya solución teórica, entre tanto, dista de ser unánime y satisfactoria<sup>100</sup>.

Si bien, en Chile no se vivió el proceso de penalización de las infracciones “de bagatela” como en los países de Europa Central, por influencia del Código penal francés recibida a través del Código español se acogió la división tripartita y la inclusión en el texto legal de una cantidad de pequeños atentados agrupados en forma desordenada. Frente a esto, la Administración conservó siempre una amplia injerencia en la imposición de medidas sancionatorias. Naturalmente, al producirse posteriormente una cierta “legitimación” práctica de estas últimas aun en los países de tradición liberal más auténtica, repercutió en nuestro medio determinando una creciente cesión de facultades en los órganos administrativos con consecuencias que parecen no merecer aprobación. De esta manera, hemos llegado a un punto en el cual, como también sucede en España, es más urgente la desadministrativización (privación del poder sancionador de la Administración) de lo que es la despenalización (entrega a la Administración del poder para castigar las contravenciones, los llamados asuntos baladíes) en el resto de los Derechos continentales<sup>101</sup>.

En cuanto al concepto de pena administrativa, éste tiene un doble sentido. Por un lado puede atribuírsele un significado procesal, en el cual el sentido de las penas administrativas son aquellas medidas sancionatorias que, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se imponen por una autoridad administrativa sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva (o por lo menos

---

<sup>100</sup> Cury, op. cfr. pág. 100.

<sup>101</sup> Ídem, cfr. 102.

su semejanza con las formas de la pena criminal). Por otro lado, también es posible conceptualarla en un criterio material, y entonces serán penas administrativas aquellas aplicadas a hechos que atentan contra la estructura, organización y funciones de la Administración o contra otros bienes jurídicos cuya violación, por encontrarse íntimamente vinculados con ella, la afectan de manera directa<sup>102</sup>. Así, en relación al delito estudiado, podemos notar como éste en primera instancia es penado a través de una sanción penal, que incluye una privación efectiva de libertad, desproporcionada, para luego aplicársele una sanción netamente administrativa, consistente en la expulsión del país al infractor.

Es importante aclarar que las sanciones gubernativas constituyen una necesidad impuesta por la complejidad de la sociedad contemporánea. Esta exige una regulación minuciosa de conductas que generen peligros graves o, incluso, daños para los bienes jurídicos individuales o colectivos. Como es lógico, las infracciones más importantes a esas disposiciones deben y pueden ser reprimidas acudiendo a una pena criminal; pero existen bastantes otras que son de menor entidad, o que poseen una menor reprochabilidad, frente a las cuales ha de reaccionarse con una sanción a la que, sin embargo, sería inconveniente atribuir las mismas consecuencias de la penal, rodeando su imposición con idénticas garantías. Esto implicaría gravar a la magistratura con el conocimiento de una infinidad de atentados insignificantes entorpeciendo el desempeño de funciones más trascendentales. De esta forma, no hay otro remedio que entregar a la autoridad administrativa la facultad de imponer esas medidas en un procedimiento expedito, aligerando de formalidades hasta donde sea prudente<sup>103</sup>, considerando en tal caso, como requisito esencial adicional, la existencia de un verdadero bien jurídico dañado o puesto en un peligro concreto.

“No es admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción gubernativa y una pena criminal, pues eso constituye una infracción al principio non bis in ídem. La circunstancia de que algunas leyes y reglamentos acepten esa posibilidad significa sólo un abuso que se debe impugnar enérgicamente, evitando a toda costa, elevarlo a la categoría de norma general”<sup>104</sup>. Tampoco existen motivos plausibles para independizar las sanciones gubernativas de la exigencia de culpabilidad. Al igual que las sanciones penales, ésta sólo

---

<sup>102</sup> Ídem, cfr. 103.

<sup>103</sup> Ídem, cfr. pág. 109.

<sup>104</sup> Ídem, pág. 110.

debiese ser impuesta a quien sea susceptible de dirigírsele un reproche personal por la ejecución de una conducta prohibida<sup>105</sup>, claro que esta prohibición siempre debe estar sumida dentro de un verdadero motivo y no un simple peligro abstracto.

Las infracciones y sanciones administrativas desde el punto de vista dogmático han planteado una serie de problemas que han generado discusiones por más de un siglo, donde aún no se encuentra una respuesta satisfactoria que nos permita explicar su naturaleza jurídica, los fundamentos constitucionales que permitan sostener la existencia de este poder punitivo en manos de la Administración y el alcance y contenido de los principios a los cuales se encontraría sometida en sus aspectos sustantivos y procedimentales. Por eso, no es poco frecuente que autores señalen que la distinción entre pena penal, administrativa y disciplinaria ha llegado a generar un problema cuyas consecuencias prácticas son graves y cuya solución teórica dista mucho de ser unánime y satisfactoria, sin poder distinguirse con claridad una línea divisoria que separe ambas potestades. Así la potestad punitiva del Estado encontraría en el derecho penal su máxima expresión, sometiéndose su aplicación a una serie de garantías, muchas de las cuales se encuentran atenuadas o, más bien, no existen en el ámbito de la Administración del Estado<sup>106</sup>.

Existen diversos factores que han determinado la persistencia y el crecimiento de un poder punitivo en manos de la Administración. No es sólo una cuestión de carácter histórico, ya que también existe una determinación expresa del legislador en orden a seguir por dicho camino con la intención de asegurar la intervención oportuna y eficaz de los órganos del Estado mediante la Administración frente a los riesgos y peligros que implica una sociedad más compleja y con una capacidad de obrar, y en su caso, de generar situaciones de peligro inimaginable en la historia de la civilización. De esta forma, no es que sólo hayan quedado desperdigadas algunas normas heredadas del antiguo régimen que entregan a la Administración estos poderes punitivos, sino que corresponde a una necesidad creciente, frente a un aparato judicial cuya capacidad se encuentra superada para asegurar la

---

<sup>105</sup> Ídem, cfr. pág. 111.

<sup>106</sup> Cordero, E., “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. XXV, n° 2, diciembre 2012, cfr. pág. 132.

actuación oportuna de los poderes públicos frente a las conductas que se desencadenan en la sociedad<sup>107</sup>.

Si en un principio se intentó buscar la naturaleza de las sanciones administrativas y los elementos que permitían distinguirlas de las sanciones penales a partir del iusnaturalismo y el Derecho penal de policía, la discusión se volvería más clara a partir de las ideas de Goldschmidt y la teoría del derecho penal administrativo. Ésta surge al paso de una mayor intervención del Estado, producto de la revolución industrial, la cual generaría la inmigración de la población desde el campo a la ciudad y junto a esto, el surgimiento de la clase asalariada y el crecimiento de las ciudades con todos los problemas que eso implicaba. Todo esto marcaría un cambio sustantivo en la conformación del grupo social, dando lugar a lo que se denominaría Estado social o Estado de bienestar. Frente al Estado liberal que resguarda los derechos individuales y bienes jurídicos frente a los peligros, el aparato público pasa a cumplir una función más amplia destinada a cuidar y asegurar el bienestar de la comunidad<sup>108</sup>.

En amplios términos, la teoría de Goldschmidt destaca los deberes que tiene el hombre como miembro de una comunidad, le impone deberes de prevención de peligros y promoción del bienestar, materias que se encuentran a cargo de la Administración. Estos deberes deben distinguirse de aquellos que le corresponden al particular como individuo, cuyas infracciones son sancionadas con el derecho penal judicial. Por lo tanto, se podría distinguir entre deberes en el marco de un orden jurídico, que supone la libertad de la persona y los deberes que emanan de la Administración por el hecho de pertenecer a una comunidad y con eso, la obligación de asegurar su buen orden. En el primero de los casos, el fin del derecho sería el de proteger las esferas humanas de voluntad, y en el segundo la promoción del bien público y estatal. Esta separación lo lleva a establecer diferencias entre una y otra infracción, así como las consecuencias jurídicas que derivan de aquellas y explicar la separación que existe entre Justicia y Administración<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Ídem, cfr. pág. 133.

<sup>108</sup> Ídem, cfr. pág. 136.

<sup>109</sup> *Ibidem*, cfr.

En los delitos el elemento característico es la antijuridicidad, que se traduce en un daño a bienes jurídicos portadores individuales de voluntad, mientras que las infracciones administrativas implican una “antiadministratividad”, es decir, no alcanzar un objeto o meta impuesta por la Administración, como el bienestar público. En este sentido, la antiadministratividad es la peculiar omisión del apoyo a la Administración del Estado dirigida a la promoción del bien público<sup>110</sup>.

No obstante, el autor señala que la separación no es absoluta, sino que puede ocurrir que una infracción administrativa se convierta en un delito como consecuencia de elevar a bienes jurídicos determinados bienes públicos para mantener el orden jurídico. De esta forma Goldschmidt conceptualiza el Derecho penal administrativo como “el conjunto de aquellos preceptos por medio de los cuales la Administración del Estado, a la que se ha confiado la promoción del bien público o del Estado, enlaza, dentro del marco de la autorización jurídico estatal, en forma de preceptos jurídicos, una pena como consecuencia administrativa a la contravención de un precepto administrativo como tipo”<sup>111</sup>.

Luego se centra en elementos formales, señalando que la pena administrativa es propia de la actividad administrativa y es aplicada por la Administración del Estado mediante un acto administrativo. Esto la alejaría de los de los delitos penales, los cuales son aplicados por la autoridad judicial. En este sentido, Goldschmidt sostiene que al lado del auténtico Derecho penal aparece un pseudoderecho penal, cuya naturaleza es y sigue siendo propia de un instituto del Derecho administrativo. De ahí que sostiene que, si bien, la pena administrativa constituye un poder penal peculiar, incluso originario de la Administración, cuya aplicación o castigo no corresponde a la autoridad judicial, no debiese ser la Administración misma la que aplique esas sanciones, sino que tribunales administrativos que ofrezcan mecanismos de protección y garantías a los ciudadanos. Esto último no fue compartido por todos sus seguidores<sup>112</sup>.

Esta propuesta dogmática trajo numerosas reacciones, de detractores y seguidores hasta finales de la década del 30 del siglo pasado cuando la doctrina se inclinó de forma

---

<sup>110</sup> Ídem, cfr. pág. 137.

<sup>111</sup> Ibidem.

<sup>112</sup> Ibidem, cfr.

inequívoca en su contra. En dicho período encuentra un fuerte respaldo en la obra de Wolf, quien reconoció el carácter penal de estas infracciones, pero puso acento en el diverso sentido valorativo que tenían con los delitos jurídicos. Así, al señalar a través de un elemento ético que el autor no es socialmente dañoso o peligroso, sino que socialmente descuidado, lo llevó a sostener que el Derecho penal administrativo es derecho penal en sentido formal, pero Derecho administrativo en el plano material<sup>113</sup>.

Posteriormente, se dio paso a las llamadas tesis formalistas, las cuales surgieron como una crítica a las ideas sustanciales, principalmente a la de Goldschmidt. Esta teoría parte de un antecedente inamovible: la imposibilidad de distinguir desde un punto de vista sustantivo entre delitos y penas, por una parte, e infracciones y sanciones administrativas por otra. Por lo tanto, su punto de partida se configura en la identidad ontológica o sustancial entre ambos tipos de ilícitos<sup>114</sup>.

El máximo exponente de esta teoría fue Merkl, quien parte de la base de un hecho empírico: la realidad no da cuenta de una pretendida sustantividad de la infracción. El análisis histórico nos lleva a notar que una acción criminal puede ser tratada como una infracción administrativa en cualquier otro tiempo y lugar, de ahí que señala que se relacionaría con la libre disposición del legislador, y junto a ello, que se perderían inútiles esfuerzos tratando de determinar qué figuras delictivas corresponderían al derecho penal y cuáles otras al derecho administrativo<sup>115</sup>.

A partir de ello, pone acento en los elementos externos de las infracciones administrativas, en cuanto a que es una potestad entregada expresamente por el legislador, que configura el ilícito, determina la sanción y entrega su conocimiento y determinación a la Administración; además, que está sujeta al régimen jurídico que es propio de la Administración del Estado: Derecho administrativo. Requiere también la aplicación de un procedimiento administrativo previo al cual se debe sujetar cada una de sus etapas; y que la

---

<sup>113</sup> Ídem, cfr. pág. 138.

<sup>114</sup> Ibídem, cfr.

<sup>115</sup> Ídem, cfr. pág. 139.

determinación de la infracción, responsabilidad y la correlativa sanción se establezca mediante un acto administrativo<sup>116</sup>.

Esta solución parece ser incuestionable desde un punto de vista lógico. La idea de que los ilícitos administrativos no dan lugar a una lesión o al peligro concreto de un bien jurídico, como ocurre con los delitos, es sumamente discutible, pues daría a entender que estas conductas serían indiferentes desde un punto de vista ético-social. Bien señala Welzel, que el legislador no establece sus mandatos o prohibiciones para ejercitar la obediencia por parte de los ciudadanos, sino que para crear un estado de situación valiosa o impedir la producción de un daño. Además, la tesis sustancialista excluye necesariamente del ámbito de los ilícitos administrativos el concepto de bien jurídico, colocando como objeto de protección el interés de la Administración, siendo que es muy difícil separar cuando se encuentra en juego dicho interés o un bien jurídicamente valioso<sup>117</sup>.

Dentro de los numerosos reparos que se le pueden formular a esta tesis, vale mencionar la enorme incomodidad que genera el hecho que el legislador pueda libremente determinar cuáles conductas serán constitutivas de delitos y cuáles otras meras contravenciones, incluso pudiendo jugar con ellas generando las más diversas variantes, lo cual violentaría tanto el principio de separación de los poderes del Estado, como también la libertad de las personas. Además, existe una natural desconfianza frente al legislador si se le reconoce la libertad para configurar estos ilícitos. No sólo es el hecho de que las sanciones susceptibles de ser aplicadas por la Administración resulten ser más graves que las que se proyectan en sede penal, sino que también en cuanto a las garantías que le asisten a toda persona en dicho ámbito, las que tradicionalmente se verán atenuadas, pudiendo llegar a un punto de inexistencia. Es así, como la realidad nos demuestra que hay elementos no sólo formales que permiten hacer la distinción entre delitos e infracciones administrativas, como la gravedad de la sanción, la posibilidad de ser aplicada sin mayores restricciones a las personas jurídicas, la configuración de injustos administrativos cuya valoración ética-social es menor que las contenidas en los delitos, entre otras. Esto último se podría contraargumentar señalando que corresponde simplemente a un dato empírico,

---

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ibidem*, cfr.

que da cuenta de la forma como ha actuado el legislador, pero nada impide que en el futuro cambie de parecer en esta materia, alterando estos elementos. Sin embargo, es aquí donde surge el problema central de este tema, ya que la conceptualización de los delitos y penas por un lado y las infracciones con las sanciones por el otro, se ha transformado en una cuestión fundamental al momento de establecer cuáles son los principios, y más aún, las garantías que están en juego respecto de las personas que se les imputan dichos ilícitos. Es por esto, que no se trata sólo de una cuestión dogmática, ya que en este caso también estamos frente a otros principios y normas de naturaleza política, especialmente las tradicionales garantías que por siglos se han ido forjando en el ámbito del Derecho penal. Debido a esto numerosos autores han seguido insistiendo en la idea de buscar elementos sustanciales para la determinación y el deslinde de tales conceptos<sup>118</sup>.

Es importante destacar las variantes de este pensamiento que constituye la tesis cuantitativa, según la cual es la gravedad de la sanción la que determina si estamos frente a un delito o a una mera infracción administrativa. Esto significa que es el legislador quién debe trazar la frontera entre ambas, valorando de esta forma la gravedad de la conducta y estableciendo su sanción correlativa. Esta posición planteada por autores como Roxin y Jakobs es seguida nacionalmente por el profesor Enrique Cury. Sin embargo, siempre subyace a esta tesis cierta idea de corte sustancialista que apunta a la significación ético-social del injusto, sobre todo cuando no se reconocen los límites que tendrán en esta tarea<sup>119</sup>.

Las sanciones administrativas en el Código penal chileno se encuentran en los artículos 20 y 501. Ambas normas fueron tomadas del Código penal español de 1848 y señalan dos puntos básicos: en primer lugar, que las sanciones administrativas ya sean disciplinarias o gubernativas, no se reputan penas y, por tanto, se debe entender que las conductas que castigan no son delitos para efectos de dicho Código; así como, además, que las autoridades administrativas no pueden establecer mayores penas que las previstas en dicho Código, salvo que una ley expresamente lo establezca<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Ídem, cfr. pág. 140.

<sup>119</sup> Ídem, cfr. pág. 141.

<sup>120</sup> Ídem, cfr. pág. 142.

Por consiguiente, de ambas normas se desprenden dos reglas formales que ha seguido el legislador para identificar las sanciones administrativas, la primera de ellas tiene que ver con la naturaleza del órgano que la aplica, en este caso la Administración; y la otra con su cuantía o gravedad, pues salvo texto legal expreso, no es posible que estas superen a las previstas en el Código penal para las faltas<sup>121</sup>.

Sin embargo, resulta evidente que nuestro ordenamiento jurídico en esta materia siguió un criterio estrictamente positivo. En cuanto que es el legislador quien determina la autoridad que aplica la sanción y su cuantía o gravedad, sin que se reconozca ningún límite sustancial a la labor que realiza. En ese sentido, y conforme a las mismas disposiciones, es perfectamente posible que la autoridad administrativa aplique sanciones más graves que las previstas en el Código penal si así lo determina la ley. En buenas cuentas, queda a la discrecionalidad del legislador la tarea de determinar si estamos frente a una pena o a una sanción administrativa<sup>122</sup>, lo que en ocasiones como en las del delito estudiado, puede llevar a considerables abusos.

Ante estas disposiciones la doctrina penal chilena ha seguido el pensamiento clásico defendido por la tesis sustancialista, pero también se han planteado interpretaciones diferentes de las penas citadas en cuanto a la identidad o no de las penas y las sanciones administrativas, aunque al final llegan a idénticos resultados o propuestas sobre el asunto. Por un lado, se ha seguido estrictamente lo dispuesto en la ley y se ha señalado que las sanciones administrativas no son penas, como bien lo señala Eduardo Novoa, quien expresa que la decisión de la controversia a partir del artículo 20, ha de buscarse en los textos legales positivos de cada país, porque el legislador chileno en este sentido reitera un fenómeno universal, dictando sus leyes sin ajustarse a un determinado sistema doctrinario. Así, sostiene que en nuestro ordenamiento existen numerosos argumentos para afirmar que el Derecho penal chileno es distinto al Derecho penal administrativo vigente entre nosotros. No obstante lo anterior, señala que el legislador debe preocuparse de aplicar el derecho

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, cfr.

<sup>122</sup> *Ibidem*, cfr.

penal administrativo con garantías semejantes a las incorporadas al Derecho penal, como una forma adecuada de mantener el respeto por la dignidad y los derechos del hombre<sup>123</sup>.

Por otro lado, Enrique Cury proporciona sólidos argumentos positivos para afirmar que las sanciones administrativas son penas, ya que si bien, nuestro legislador no las repute como tales de forma implícita les reconoce dicha naturaleza a partir del empleo de la palabra “reputar”, encabezamiento de la norma, donde se subrayaría el carácter artificioso de la distinción, pues significa que no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son. En cuanto al establecer el porqué de dicha reputación, señala que se buscaba evitar el carácter deshonroso y aflictivo que rodea a la pena penal, sustrayéndolas del principio de legalidad y de su aplicación judicial, a modo de hacer más expedita su imposición, considerando su escasa significación, y de este modo, evitando que los Tribunales se vieran abrumados por una multitud de asuntos sin importancia, permitiendo que ciertas penas se administraran de forma más discrecional<sup>124</sup>.

En cuanto a que las sanciones administrativas constituyen una necesidad impuesta por la complejidad de la sociedad contemporánea, Cury propone que estas sanciones deben comprender infracciones leves, no pudiendo sancionarse un mismo hecho con una sanción gubernativa y una pena criminal, debiendo de aplicarse el principio de culpabilidad y del mismo modo respetarse las garantías de un procedimiento racional y justo, el cual incluye la presunción de inocencia, donde estas sanciones debiesen ser objeto de revisión judicial y se tienda a una tipificación más precisas de las mismas<sup>125</sup>. Para Cury, el elemento determinante de la distinción entre pena y sanción administrativa es el quantum o gravedad ético-social que se asigna a la conducta, lo cual influye necesariamente en el castigo aplicado<sup>126</sup>.

En relación a la postura de nuestra jurisprudencia, los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República, han seguido la posición de la doctrina y la jurisprudencia española relacionada con el *ius*

---

<sup>123</sup> Novoa, E., *Curso de Derecho penal chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, cfr. pág. 40.

<sup>124</sup> Cury, op. cfr. pág. 107.

<sup>125</sup> Ídem, cfr. pág. 109-112.

<sup>126</sup> Cordero, op., ed. cfr. pág. 144.

*punendi* único del Estado (identidad ontológica) que se proyecta en el ámbito penal, mediante el delito y la pena, y en el ámbito administrativo a través de las infracciones y sanciones administrativas. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto, llamándolas literalmente penas. La misma línea ha seguido la Corte Suprema y la Contraloría. Eso quiere decir que para estos órganos no habría delitos ni infracciones por naturaleza, sino que son establecidos y configurados como tales por nuestro legislador. Además quien tiene la labor de valorar estas conductas es el legislador mismo, considerando su gravedad, entregando su conocimiento y aplicación a los jueces o a la Administración. Por lo tanto, es una cuestión de política legislativa sujeta al marco constitucional<sup>127</sup>.

De esta forma, la controversia antes indicada nos deja la sensación de que estaríamos frente a discusiones de políticas legislativas y no de naturaleza dogmática. Y a partir de esto, se ha planteado que una mayor sensibilidad y valoración de determinados bienes vitales que miran a la sociedad en su globalidad, han hecho que conductas capaces de provocar una amenaza cierta o posible atentado a las mismas, exijan no sólo una represión administrativa, sino que también por la vía penal. Este fenómeno se ha denominado Derecho penal en expansión, el cual tiende a abandonar los principios clásicos del derecho penal y asume la tipificación de nuevas conductas que puedan significar un atentado a bienes jurídicos que miran a la sociedad en su conjunto, como por ejemplo, el medio ambiente o la salubridad pública<sup>128</sup>, y por qué no también, las políticas migratorias o el interés del Estado en el cumplimiento de sus reglas en cuanto al cruce de fronteras.

En relación al denominado Derecho penal en expansión, mencionado anteriormente, Silva Sánchez señala que esta orientación a la protección de contextos cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de bienes jurídicos clásicos, estaría llevando al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente

---

<sup>127</sup> Ídem, cfr. pág. 145.

<sup>128</sup> Ídem, cfr. pág. 148.

contempladas, serían, por el contrario de “intensidad baja”. Junto a ello, se ha producido una culminación del proceso, donde el Derecho penal que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado en cuanto a los sujetos activo y pasivo, se ha convertido en un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales, y en esa medida se ha administrativizado<sup>129</sup>. En este sentido, lo decisivo sería el criterio teleológico, en relación a la finalidad que persigue tanto el Derecho penal como el administrativo sancionador. Donde el primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos, siguiendo criterios de lesividad o peligrosidad concreta, llevando a cabo una imputación individual de un injusto propio, y el segundo, persigue ordenar, de modo general sectores de actividad, reforzando mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial. Es así, cómo no tendría por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino, más bien, de afectación general, estadística; asimismo, no tendría por qué ser tan estricto en la imputación, o incluso, en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad). Por tanto, no se trataría aquí del riesgo concreto como un riesgo en sí mismo relevante e imputable a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial, relacionada con las grandes cifras, o bien, con el problema estructural o sistémico<sup>130</sup>.

“Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador, no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello, tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por puros criterios de oportunidad. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas, represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado”<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Silva, Jesús- María, *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1º ed., 1999, cfr. pág. 100.

<sup>130</sup> Ídem, cfr. págs. 102 – 103.

<sup>131</sup> Ídem, pág. 104.

“En esta medida el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho del daño cumulativo, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara ilícito. En otras palabras, la pregunta clave es: ¿Qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además una seria posibilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada ilícita?<sup>132</sup>”

“Naturalmente, tal pregunta (puramente genérica, estadística) adquiere todo su sentido desde perspectivas de gestión de un determinado sector, sea éste el del tráfico rodado o el de la evacuación de los residuos. Pero es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto en concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex injuria tertii*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud un juicio *ex ante*. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o, todavía mejor, peligro global<sup>133</sup>.”

Esta diferencia sería sustancial según el autor, y explicaría, en primer lugar, que la tipificación de infracciones administrativas, aunque pretenda de buena manera cumplir funciones de protección social, y que de hecho las cumpla desde esa perspectiva global, macroeconómica o macrosocial, muchas veces adquiera dicho tono material si las infracciones son contempladas en conjunto. En cambio, contempladas una por una, resultarían, ciertamente, formales, esto es, muchas veces ni siquiera de peligro abstracto, sino de mero peligro global, estadístico o presunto<sup>134</sup>.

Es así, como frente al Derecho penal nuclear, nos encontraríamos con un derecho penal colateral, el cual se caracterizaría por castigar en su mayoría conductas que representen un mero peligro abstracto de bienes supraindividuales, donde el tema de la lesividad pierde importancia frente a normas o reglas que establecen estándares de

---

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> *Ídem*, págs. 104 – 105.

<sup>134</sup> *Ídem*, cfr. pág. 105.

funcionamiento en los sistemas sociales que deben ser respetados. Además, lo determinante en estas conductas es la visión global, sistemática o estructural, eso quiere decir que interesarían las grandes cifras o analizar los comportamientos desde una perspectiva macro (macrosocial, macroeconómica) al modo de abarcar conductas que por sí mismas no sean capaces de causar un gran daño, pero si lo hará una acumulación significativa de éstas, donde las estructuras de estos ilícitos se caracterizarán por hacer referencia a normas extrapenales<sup>135</sup>.

Según lo últimamente expuesto, resulta claro la estrecha cercanía que se estaría alcanzando entre las infracciones administrativas con el Derecho penal colateral, hasta llegar al punto de que se podría predicar la existencia de una identidad de fundamento y de fin entre ambas categorías de ilícitos. Incluso pudiendo llegar a separar la existencia de un derecho penal nuclear, compuesto por ilícitos que lesionan bienes jurídicos individuales o que los colocan en una situación de peligro concreto, frente a un derecho penal colateral, donde el legislador puede comprender ilícitos penales e ilícitos administrativos que se caracterizan por configurar conductas de peligro abstracto de bienes jurídicos supraindividuales<sup>136</sup>.

De esta forma parece lógico y razonable como se estaría conformando el abanico de opciones que tiene el legislador a la hora de regular los ilícitos penales y administrativos. Ahora, al aplicar estas teorías al delito de migración clandestina surgen las dudas en cuanto al bien jurídico supraindividual que se busca tutelar, y además, si es que esta tutela resulta conducente con nuestro ordenamiento constitucional y con normas internacionales, ya que la discusión dogmática señalada anteriormente nunca se puso en lugar de qué ocurriría si efectivamente, a partir de normas en concreto de un reglamento de orden administrativo, se lesionaran derechos de los que no eran considerados ciudadanos, como el caso de los migrantes. Por lo tanto, lo analizado en cuanto a la administrativización del Derecho penal, o bien, como el Derecho penal se ha ido expandiendo hasta abarcar otras áreas, permite entender un tanto la naturaleza de la sanción administrativa incluida dentro del delito de ingreso clandestino, pero cuesta mucho darle una razón plausible al hecho de que estemos

---

<sup>135</sup> Cordero, op., ed. cfr. pág. 149.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, cfr.

frente a un verdadero delito que representa una amenaza seria, el cual es castigado con una pena privativa de libertad altísima en relación con otros delitos similares, y más aún, posterior al cumplimiento de esa pena se le suma una sanción administrativa relativa a la expulsión del país. Esto parece violentar no sólo principios básicos de cualquier política criminal seria, sino que además principios del Derecho internacional mismo, o derechos fundamentales en materia de inmigrantes, acrecentando aún más las dudas de su constitucionalidad y si realmente el reglamento de extranjería, que conforma parte de la política migratoria, satisface las necesidades nacionales en materia de migraciones.

#### **4. Subordinación de la justicia penal a la política migratoria.**

Las políticas públicas destinadas a gestionar el complejo mundo de la inmigración pueden llegar a tener también una importante incidencia en la concepción de la justicia profesada por las sociedades receptoras, hasta el punto de llegar a ponerlas en cuestión. La justicia como rasgo distintivo de las instituciones básicas de una sociedad (tal como sostiene Rawls en su teoría de la justicia), exige un escenario jurídico político en el que todos los individuos sean iguales ante la ley y estén sometidos a los mismos criterios generales. Tal criterio ha de servir tanto como orientación, como una guía a la hora de definir las políticas públicas de inmigración, como también, en el momento de su implementación<sup>137</sup>.

Cuando un inmigrante llega a un país de destino generalmente se encuentra con toda clase de obstáculos de carácter jurídico, político, social y económico, los cuales dificultan severamente la aplicación a su favor de los principios universales de justicia social. Las restricciones más graves en este sentido son las que impiden a la población de origen inmigrante el disfrute real de los derechos tradicionalmente asociados a la condición de ciudadano. Es así, como la actual situación de los inmigrantes plantea en toda su crudeza la cuestión ética de los límites de la comunidad política, y en particular, la legitimidad de las regulaciones basadas en la nacionalidad de los individuos. Pero más allá del rol descriptivo

---

<sup>137</sup> Velaszo, J.C., “A modo de presentación Políticas Migratorias: Una cuestión de justicia”, Instituto de Filosofía del CSIC, 2005, cfr. pág. 9.

que juega la justicia en las políticas migratorias, esto se trata de un asunto más bien normativo o prescriptivo<sup>138</sup>.

No podemos negar el hecho de que los actuales movimientos migratorios producen un impacto profundo y significativo, más que otras cuestiones sociales en nuestro país. Desde esta perspectiva, y con el uso del sistema jurídico, debemos asumir si queremos o no interpretar a la inmigración como una amenaza, gestionándola de tal forma, como una cuestión de seguridad, poniendo el acento en el control de fronteras y en el refuerzo de los instrumentos jurídicos, con todos los medios materiales que ello implica, para la denominada “lucha contra la inmigración irregular”<sup>139</sup>.

Cuando analizamos el papel que el Derecho penal, y el ordenamiento en su conjunto debe desempeñar en la actual política migratoria, cuesta entender en primera medida cuáles son los intereses que pretendemos preservar. Por un lado, tenemos una normativa de corte administrativo que entró en vigor con otra realidad social y gubernativa de nuestro país, y por el otro lado, tenemos la propensión cultural y continental hacia un sistema abierto, el cual podríamos llamar coloquialmente como de “latinoamericanización de la inmigración”.

Esto será primordial a la hora de ver cómo se normativizará a la inmigración irregular, fenómeno que se presenta en todos los movimiento migratorios importantes ocurridos a través de la historia. Es así como debemos preguntarnos en este sentido, si acaso es superior la libertad ambulatoria del migrante, o bien su derecho para fijar libremente su domicilio, o bien, si debemos seguir tomando en cuenta las políticas migratorias impuestas en dictadura, que de alguna forma criminalizan esta conducta a través de la tipificación de delitos como el que se ha estudiado.

La experiencia nos hace inferir que a través de políticas de inclusión no muy claras, pretendemos defendernos de los inmigrantes que no podemos o no queremos aceptar, que de esta forma los intereses que se pretenden salvaguardar con la actual política migratoria que se encuentra al amparo del derecho, no es otra que una respetuosa de un bien jurídico

---

<sup>138</sup> Ídem, cfr. pág. 11.

<sup>139</sup> Martínez, M., “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, núm. 10-06, abril 2008, cfr. pág. 06:2.

dudoso ligado a nuestra estructura socioeconómica, la cual se vería deteriorada por un incremento de la presión migratoria<sup>140</sup>.

“Si pensamos que el derecho penal no debe intervenir para combatir la inmigración irregular no nos queda más remedio que trasladar el debate al terreno de la política criminal y plantearnos si el derecho penal puede utilizarse como un instrumento más en la lucha contra la inmigración irregular, si se trata de una intervención legítima”<sup>141</sup>. Esta pregunta ha sido contestada numerosas veces en el sentido de que un precepto penal que persiguiera el control de los flujos migratorios supondría la elevación de una mera infracción administrativa a la categoría de delito y que ello constituiría un claro ejemplo de derecho penal simbólico, funcionalista y lesivo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En este sentido, y en base al delito estudiado, no es sorpresa notar que efectivamente la inmigración irregular en nuestro país es gestionada como una verdadera amenaza, y asimismo, es percibida en gran parte de la población, atribuyéndose efectos negativos en la seguridad ciudadana, e incluso en la seguridad nacional, llegando a extremos de relacionarlos con el terrorismo internacional. Además, en el plano socioeconómico y sociolaboral se le imputa un incremento de gastos sociales, así como una presión en la baja de los salarios, con disminución de los derechos laborales adquiridos por la clase trabajadora. En resumen, se le suele imputar popularmente una gran cantidad de miedos a los que realmente le resulta difícil sustraerse<sup>142</sup>, aunque muchas de estas imputaciones negativas, son en verdad producto de los medios de comunicación y no obedecen a un verdadero problema.

Sin embargo, haciendo un análisis crítico del problema, sus efectos no son tan perniciosos como pudiera parecer, por lo que también debiésemos dar una mirada a las políticas de inmigración más aperturistas. En este sentido, por ejemplo, el Informe sobre Desarrollo 2005 elaborado por el Programa de Naciones Unidas sobre Desarrollo, propone como una de las medidas a adoptar para alcanzar los objetivos del programa, liberalizar la inmigración y facilitar el acceso de los trabajadores de países en desarrollo a los mercados laborales de los países con mejores ingresos. También, un estudio patrocinado por la

---

<sup>140</sup> Ídem, cfr. pág. 6.

<sup>141</sup> Ídem, cfr. pág. 8.

<sup>142</sup> Ídem, cfr. pág. 9.

UNESCO, titulado “*Inmigration without borders*”, llegó a la conclusión de que la facilitación de la inmigración es una posibilidad a largo plazo realista y viable, concluyendo además que los actuales modelos de contención de la inmigración, de un corte esencialmente policial, se evidencia como ineficaz frente a los potentes y diversos motivos que impulsan las migraciones y que buena parte de las tensiones atribuidas a la inmigración son consecuencia de dichos modelos<sup>143</sup>. También su legitimidad ética resulta cuestionable, por negar que la libertad de circulación sea un derecho del hombre, un derecho universal que debe ser amparado. Y de esta forma, los movimientos migratorios que siempre han existido, no son sino la consecuencia viva de que este derecho universal<sup>144</sup>.

A partir de todo lo mencionado anteriormente, podemos notar, que al Derecho penal no corresponde pronunciarse sobre la legitimidad del control de fronteras, sino que sobre si a ese control debe coadyuvar el Derecho penal mismo<sup>145</sup>. Con esto se reduce la amplitud del problema, y junto a ello, la labor que éste desempeña al servicio de las políticas migratorias.

Pues bien, existen a nuestro juicio importantes indicios para pensar que la desaparición de la intervención penal en este ámbito no supondría un incremento relevante de los niveles de inmigración irregular ni un auténtico peligro para el sistema de bienestar, ya que la intervención penal lógicamente continuaría para aquellos supuestos en que se ven comprometidos los bienes jurídicos de los inmigrantes<sup>146</sup>, que son los que realmente debiesen importarle al Derecho penal a la hora de regular políticas migratorias.

Vale tener en cuenta, que mientras mayores sean las dificultades para acceder a un país, mayor será el encarecimiento de la entrada, y con ello, los riesgos que el inmigrante irregular deba asumir, lo que implicaría una tendencia a permanecer en el país aun en situación irregular, lo que supone el abandono de un modelo de inmigración cíclica y la consolidación de una inmigración permanente<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> Ídem, cfr. pág. 11.

<sup>144</sup> Ídem, cfr. pág. 12.

<sup>145</sup> Ibídem, cfr.

<sup>146</sup> Ibídem, cfr.

<sup>147</sup> Ídem, cfr. pág. 13.

Por todas estas consideraciones, cuando analizamos el papel de la justicia en torno a las políticas migratorias, debemos concluir que no sólo es cuestionable la intervención penal, sino que también su eficacia, la cual, de existir, sería muy reducida y difícilmente justificaría los costes que su aplicación importa. Por esto consideramos que el precepto analizado en relación a la política migratoria que debiese llevar todo Estado con pretensiones de modernización en estas materias, es imprescindible la aplicación del principio de *ultima ratio*<sup>148</sup>, donde si es posible una protección por medios menos lesivos, hay que privarse de la aplicación del Derecho penal.

## 5. ¿Política migratoria o control político?

La inmigración se rige en Chile por la Ley de Extranjería promulgada bajo el contexto político de una dictadura militar que buscaba controlar el acceso al territorio nacional de personas que pudieran amenazar el interés o la seguridad nacional, al propagar “doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno”, al tener “reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas”, al ejecutar “hechos que las leyes chilenas califiquen de delito”, al dedicarse “al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas”, o al ser exiliadas o expulsadas por el régimen, entre otros. En este sentido, la Ley de Extranjería vigente en Chile está caracterizada por una marcada orientación policial y de control político, lo que explica que en el cuerpo legal no haya ni una sola mención a los derechos de los inmigrantes y a la no discriminación. Es una ley que aborda temas administrativos pero no da cuenta de una política de inmigración propiamente tal de parte del Estado chileno<sup>149</sup>.

La política migratoria en Chile es una política reactiva, que no ha podido adaptarse a los cambios en los patrones de inmigración, no adecuándose a los estándares internacionales de protección de derechos humanos. Ha mantenido su control y seguridad nacional por sobre los derechos humanos, con importantes discrecionalidades recaídas en la

---

<sup>148</sup> Ídem, cfr. pág. 14.

<sup>149</sup> Castillo, I., Lekanda, P., op. cfr. pág. 10.

autoridad migratoria, dificultando el ingreso de inmigrantes, estableciendo una serie de dificultades conducentes a que muchos extranjeros quedaran en situación irregular<sup>150</sup>, .

Los orígenes de la legislación migratoria en Chile se remontan al siglo XIX, y estuvieron caracterizados por una política de inmigración selectiva, ya que se incentivaba la llegada de inmigrantes europeos que contribuyeran a repoblar y controlar el territorio nacional, además de aportar al desarrollo agrícola e industrial del país. De esta manera, desde sus inicios que la política de inmigración en Chile ha sido dirigida y ha tenido el objetivo de controlar quiénes ingresaban al país, dónde debían establecerse y qué actividades debían llevar a cabo. No han tenido la característica de respetar el derecho a la movilidad de las personas sino que han controlado la inmigración, sea para obtener sus beneficios o para evitar las externalidades negativas tales como la entrada de personas peligrosas para la seguridad nacional o la entrada de personas sin ocupación ni sustento<sup>151</sup>.

“La inexistencia de gobernabilidad por parte del Estado, de manera eficiente y eficaz en tema de política migratoria, política que incorpore el valor que significa para el país el aporte de los inmigrantes, que trabaje en pos de la integración de ellos, respetando como fundamento básico de la política el principio de igualdad, solidaridad, respeto hacia el otro en la aceptación de su cultura, etcétera, abre paso para un vacío institucional que, tarde o temprano, permite la aparición de expresiones discriminatorias, de rechazo, la percepción de “invasión” y toda la serie de efectos negativos que pueden suscitar”. En Chile sólo se han formulado criterios y respuestas que son válidas, pero claramente insuficientes para enfrentar la complejidad y la magnitud que esta problemática requiere. Es necesario dejar de lado la esencia de la Ley de extranjería impuesta en la República y reformarla, es menester preocuparse de los derechos humanos de los inmigrantes, implementar una política que no haga distinción por nacionalidad, procurando la acogida e inserción, formular programas destinados a generar mayores informaciones respecto a la valoración de la migración, formular programas en escuelas, campañas informativas para conocer los derechos y deberes de los inmigrantes, crear Centros de Atención, enunciados que pueden dar origen a un conjunto coherente de normas y políticas migratorias, una

---

<sup>150</sup> Ídem, cfr. pág. 13.

<sup>151</sup> Ídem, cfr. pág. 16.

institucionalidad adecuada que garantice la efectiva implementación de esta política de Estado en materia de migraciones<sup>152</sup>.

La caracterización de la política migratoria de Chile, basada en el control político de la sociedad se condice con la idea del Derecho penal del enemigo, por el cual “el enemigo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace. El presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de sospechoso o peligroso”<sup>153</sup>. Es posible que la idea de Derecho penal del enemigo fuera la inspiración para normar dicha situación y aparentar su legalidad bajo el sistema administrativo mediante el Decreto legislativo. Pues era imprescindible normar y controlar la situación respecto al extranjero no deseado en territorio nacional, el enemigo.

La historia de la política migratoria chilena es anacrónica. Las leyes se han ido construyendo en respuesta a la coyuntura, caracterizándose por no mantener la coherencia en el tiempo. Esto ha significado que muchos extranjeros que han llegado al país no cuenten con normativas que faciliten su estancia, ni que expliciten sus derechos. Es necesario asumir una política migratoria que considere la movilidad como un derecho inherente a todo ser humano y de responder a ello con una normativa que rompa con la actual herencia de la dictadura militar y una política estatal explícita y contundente que trascienda gobiernos.

### **CONCLUSIONES.**

Para finalizar el estudio abordado en estas páginas en cuanto a si satisface o no el delito de ingreso clandestino al territorio nacional las condiciones de una política criminal adecuada en materia de extranjería, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1° La migración consiste en la movilidad de las personas a través de las fronteras internacionales, es un proceso social multifactorial, pero que tiene su origen en la existencia

---

<sup>152</sup> Jensen, María, “Inmigrantes en Chile: la exclusión vista desde la política migratoria chilena”, en Bologna, E., (org), *Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración*, ALAP, Río de Janeiro, Brasil, 2009, cfr. págs. 123-126.

<sup>153</sup> Ferrajoli, L., “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n°. 19, 2007, pág. 13.

misma del ser humano. Hoy se ha globalizado la idea de la transculturización, por lo que su control o limitación debe ser en pos de permitir y proteger a los migrantes por el simple hecho de ser sujetos que gozan de derechos irrenunciables esenciales de su calidad de ser humanos.

2° La ley de extranjería (decreto ley 1.094) en general no se contrapone a la llegada de extranjeros a Chile. Sin embargo, en su artículo 69 criminaliza el ingreso clandestino de los extranjeros, incongruente con el sentido natural de ésta y con el espíritu que persiguen hoy las políticas migratorias inclusivas presentes en gran parte de nuestro continente. Es así como nuestra normativa no responde a una Política criminal adecuada conforme al derecho humano de toda persona de transitar libremente, sino que por el contrario, se vislumbra la verdadera intención estatal de ejercer un control migratorio a toda costa. La ley data del año 1975, plena dictadura militar, sancionada a la sombra de la doctrina de seguridad nacional, y que por tanto no satisface las condiciones de una Política Criminal adecuada, por ser anacrónica, por no establecer condiciones de protección al ejercicio de los derechos humanos, de un trato igualitario, de aceptación a la diversidad, entre otras.

3° A nivel internacional es posible observar distintas formas de encarar el fenómeno migratorio configurándose diversos sistemas dentro de los cuales encontramos aquellos que reconocen a los migrantes como sujetos titulares de derechos y que a su vez favorecen la libre circulación de éstos, como es el caso de Argentina. Sistemas medianamente inclusivos que permiten ingresar al territorio nacional, pero con bajas posibilidades de realización. Y en tercer lugar, sistemas restringidos y limitados en cuanto a la admisión y reconocimiento de derechos básicos de los inmigrantes, como es el caso de Chile y México. México eliminó la privación de libertad para aquellos que ingresaban clandestinamente, situación que en Chile aún se mantiene. En Europa el asunto se ha ido tornando cada vez más restrictivo, tanto para el ingreso, como para la permanencia, llegando a casos extremos como la penalización a quienes arrienden un inmueble a los inmigrantes ilegales.

4° Respecto al bien jurídico protegido no fue posible encontrar alguno indiscutible. Así, en ocasiones, la doctrina lo relaciona con bienes de carácter individual, y hasta de carácter supra individual, donde quizás las ideas más plausibles son aquellas que se inclinan hacia la protección de intereses netamente estatales, como la ordenación y la regulación de

los flujos migratorios ligados a la protección del orden socioeconómico del Estado. De esta forma, se estarían configurando una política migratoria regulada bajo el amparo del Derecho Penal y la Administración de Justicia mediante la tipificación expresa de modalidades delictivas del ingreso clandestino al país. El hecho de entender el fundamento del bien jurídico como la protección de intereses netamente estatales sería la única respuesta razonable a la hora de encontrar algún bien jurídico digno de ser tutelado, asomándose claramente la posibilidad de estar frente a un delito de peligro abstracto. Bastante reprochable es la ausencia de bien jurídico a tutelar, partida esencial en un Estado Social de Derecho, en el cual, entre otros, implica una limitación a la potestad punitiva del Estado, impidiendo una vulneración arbitraria de derechos.

5° Actualmente el Derecho penal se encuentra en expansión, observándose la administrativización de éste; tema que ha sido bastante discutido a nivel doctrinario en cuanto a su naturaleza, fundamentos y diferenciación entre sanción penal y sanción administrativa, teniendo especial relevancia los puntos de vista y las teorías que surgen a partir de la tesis de Goldschmidt en cuanto al Derecho penal administrativo. Hoy es posible reconocer la estrecha relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, ante lo cual, autores como Silva Sánchez, señalan, incluso, que se podría predicar la existencia de una identidad de fundamento y de fin entre ambas categorías de ilícitos. Aterrizando estas disputas a la naturaleza de la sanción administrativa incluida en el delito de ingreso clandestino recogido en nuestro país, costaría mucho darle una razón plausible al hecho que estamos frente a un delito que representa una amenaza seria y que merezca ser penado. En primer lugar, penalmente, a partir de una pena privativa de libertad; y, en segundo lugar, a partir de una sanción administrativa, con la exclusión del territorio una vez que la pena privativa se encuentra cumplida. Esto pareciera violentar no sólo principios básicos de una política criminal seria, sino que Derechos fundamentales de los migrantes, como también principios del Derecho internacional. El Derecho penal no es la disciplina idónea para ejercer el control migratorio, si no que más bien es una materia que pertenece al ámbito civil, y que abarcarlo a partir de presupuestos penales solo contribuye a la criminalización de los migrantes, fomentando el desconocimiento y vulneración de los derechos de estas personas, que no por tener una nacionalidad distinta a los chilenos son merecedores de menos derechos.

6° El Decreto Ley 1.094 fue elaborado en el marco de la dictadura militar, sin embargo, continúa en vigor, incluso con posteriores gobiernos democráticos. Desde sus inicios, este decreto ha tenido la intención de instaurar una política restrictiva apoyada en la doctrina de seguridad nacional, que trae consigo una política migratoria dirigida al control y la expulsión de los inmigrantes, a prácticas arbitrarias y represión a los denominados excluidos. El fenómeno migratorio ha experimentado en los últimos años un rechazo social, particularmente en los Estados receptores, aplicándose medidas restrictivas, concentrándose en las consecuencias negativas de la migración dando lugar a un control excesivo. La urgencia de modificar la gobernanza de la migración es imperiosa, más aún en nuestro país, que mediante un decreto ley anacrónico regula la generalidad de la situación de los extranjeros que transitan o residen en nuestro país, siendo la penalización del ingreso clandestino un claro indicio de la verdadera intención de los legisladores, estableciendo y permitiendo la vulneración de un derecho básico que corresponde a todo ser humano basado en la dignidad humana más allá de circunstancias accidentales. Las políticas y reglamentos destinados a regular la situación actual de los migrantes deben ser diseñados de acuerdo a una concepción humanista, garantizando los derechos humanos de los migrantes en todas las etapas del proceso de migración, basándose en la realidad actual del fenómeno, acogiendo y protegiendo al sujeto objeto de éste, y a la luz del delito de ingreso clandestino no se está garantizando el derecho de migrar en toda su proyección, transgrediendo el ideal de respeto a los derechos humanos.

7° Luego del exhaustivo análisis de la política migratoria en Chile consideramos que es imperiosa la derogación del artículo 69 del Decreto Ley 1.091, debido a las repercusiones que tienen en un régimen democrático, a la consideración del inmigrante como autor de un delito y no como víctima, el que en muchos casos es consecuencia de las necesidades del ser humano de buscar nuevas oportunidades, la expulsión, la prohibición de volver a ingresar, entre otros. La forma en que se ha intentado conformar una política migratoria nacional no ha sido la correcta, se requiere fortalecer esta política migratoria, pero no con el afán de sancionar ni excluir, sino que con una visión de acogida, una visión que permita la solución de los conflictos migratorios en la esfera administrativa propiamente tal y no recurriendo al Derecho penal y su punición. Basta con mantener el delito de tráfico de inmigrantes del Código penal, delito con el cual si es posible alcanzar

un fin, el de impedir organizaciones o asociaciones dedicadas a vulnerar las regulaciones establecidas para una entrada legal y regular. Frente a esto, sostenemos la idea de que la política migratoria de Chile no se condice con las demandas internacionales, especialmente con nuestra región, con quienes debemos mantener una relación de pacifismo y unión y no cerrar las puertas de un país que a ojos de nuestros vecinos es anhelado para vivir. Es necesario fortalecer la política migratoria actual, con una visión de acogida y solucionando los conflictos en la esfera administrativa sin recurrir al derecho penal y su punición. Basta con mantener el delito de tráfico de inmigrantes, el que sí tiene un fin determinado, el de impedir organizaciones o asociaciones dedicadas al tráfico de personas. Es evidente que la política migratoria en Chile no se condice con las demandas internacionales, especialmente con los países vecinos de la región, predisponiendo a los ciudadanos y a la red estatal a cerrar las puertas a personas que tanto pueden contribuir al desarrollo del país.

8° La dógmática penal hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación (Gimbernat). Es la dogmática penal la que permite desarrollar y esclarecer el contenido de las normas, mediante un estudio sistemático de los cuerpos normativos, para lograr una interpretación adecuada del derecho positivo. Una política criminal son las decisiones de Estado con el objeto de prevenir el delito, encargada de buscar y adoptar medidas actuales y eficientes para la protección de los bienes jurídicos. La regulación actual en materia migratoria en Chile está determinada por la Ley de Extranjería, promulgada bajo dictadura militar, configurándose una política criminal migratoria de control, restrictiva, con gran dureza en el castigo, lo que en muchos casos permitió, y permite, la vulneración de principios básicos del ius puniendi, socavando el Estado de Derecho, lo que conlleva graves lesiones de los derechos fundamentales de los migrantes, antagónico a una política criminal adecuada conforme a la globalización del fenómeno y a la pretensión universal de respeto a los derechos humanos de todas las personas sin distinción. La señal más clara de esta política de Estado es la insuficiencia normativa en cuanto al principio de ofensividad, donde el delito de ingreso clandestino carece de un bien jurídico tutelado, permitiendo la arbitrariedad en su interpretación y aplicación. En consecuencia, la dogmática penal constituye o establece ciertas limitaciones al ius puniendi, y en este caso a la política migratoria nacional, la que debe adecuarse a ciertos criterios, como la lesión de un bien

jurídico y la puesta en peligro de éste, criterios pasados por alto en la tipificación del delito en comento, dejando en el desamparo a los sujetos migrantes.

9° La inmigración ha sido concebida como una amenaza, gestionándose en torno a la idea de la seguridad social, conforme a la cual la actual política de Estado, en su afán controlador, se ha valido de todos los instrumentos jurídicos y medios materiales para la denominada lucha contra la inmigración irregular. Dentro de estos instrumentos, el Derecho ha sido fundamental, tanto en sede penal como en sede civil o administrativa. Sin embargo, esta política migratoria debe respetar ciertos parámetros, como los impuestos por el desarrollo de la dogmática penal, parámetros universales en cuanto a la promoción y protección de los derechos humanos, en consecuencia, con una legislación concordante con la globalización del fenómeno y sus partícipes. Frente a esto, y debido a la crítica íntegra respecto del delito de ingreso clandestino, es posible concluir que éste no se condice con una política criminal adecuada y por tanto constituye una vulneración directa a los derechos humanos de los inmigrantes como sujetos con derechos, contribuyendo indirectamente a la protección, a la erradicación de la discriminación, al reconocimiento efectivo de sus derechos en todos los ámbitos de la sociedad civil, a la superación de la inequidad de género, a la prevención de otros delitos asociados, a la descriminalización y valoración de los sujetos migrantes, los cuales detenta derechos por el simple hecho de ser personas, proyectándose más allá que cualquier ordenamiento interno que los limite.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. Títulos.**

- 1) Benencia, Roberto, “Perfil migratorio de Argentina”, Organización Internacional para las Migraciones, Argentina, 2012.
  
- 2) Carbonell, Miguel, “La universalidad de los derechos tomada en serio: 60 años de frustraciones y esperanzas”, en *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Ad Hoc.

- 3) Castillo, I., Lekanda, P., “Políticas migratorias en Argentina y Chile. Acción y reacción frente a un fenómeno de alcance global”, Chile, 2010.
- 4) Castles, S., “Por qué fracasan las políticas migratorias”, en *Revista Etnic And Racial Studies*, vol 27 n°2, 2004.
- 5) Cordero, E., “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. XXV, n° 2, diciembre 2012.
- 6) Cozzani, María Rosa, “Inmigrantes limítrofes en Argentina. ¿Tolerancia o rechazo?”, Les Cahiers ALHIM, Université de Paris 8, n°1, 2001.
- 7) De Lucas, Javier, “La inmigración, como res política”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universitat de Valencia, 2004, vol. 10.
- 8) Domenech, Eduardo E., “Crónica de una ‘amenaza’ anunciada. Inmigración e ‘ilegalidad’: visiones de Estado en la Argentina contemporánea”, en Feldman-Bianco B (coord.), Rivera L., Stefoni C., Villa M. (compiladoras), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, Editorial Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2011.
- 9) Enrique Aschieri, M., “Análisis descriptivo de las Instituciones Responsables de la Gestión de las Políticas Migratorias en Argentina, Brasil y Chile”, UE – ALC, España, 2011.
- 10) Esquina, Patricia, “Análisis comparado de las legislaciones penales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- 11) Ferrajoli, L., “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n°. 19, 2007.
- 12) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías*, Trotta, Madrid, 2009.
- 13) González, Josefina, “Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios”, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Argentina, 2008.  
[http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/34411/LCG.164\\_p6.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/34411/LCG.164_p6.pdf). Fecha última de consulta: Jueves 06 de Diciembre de 2013.
- 14) Jensen, María, “Inmigrantes en Chile: la exclusión vista desde la política migratoria chilena”, en Bologna, E., (org), *Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración*, ALAP, Río de Janeiro, Brasil, 2009.
- 15) Machín Álvarez, Macarena, “Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural”, 2001.  
[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe\\_migrantes\\_final\\_editado1.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_migrantes_final_editado1.pdf). Fecha última de consulta: 06 de Diciembre de 2013.
- 16) Martínez, Iñigo, “Despenalización de la inmigración indocumentada”, Grupo Parlamentario del PRD en la Cámara de Diputados, México, 2004.
- 17) Martínez, M., “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, núm. 10-06, abril 2008.
- 18) Novoa, E., *Curso de Derecho penal chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

- 19)\_ Pellegrino, Adela, “La migración Internacional en América Latina”. [http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/34411/LCG.164\\_p6.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/34411/LCG.164_p6.pdf). Fecha última de consulta: Jueves 06 de Diciembre de 2013.
- 20) Pérez, E., “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- 21) Pérez, Esteban J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- 22) Politoff S., Matus, J., Ramírez, M., *Lecciones del Derecho Penal chileno. Parte general*, Santiago, Chile, 2ª ed., 2003.
- 23) Pomares, E., “Las incongruencias del Derecho Penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- 24) Rodríguez Mesa, María José, *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, España, Valencia, 2001.
- 25) Rojo Torrecilla, Eduardo, “Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas”, en *Jueces para la Democracia*, n° 44, 2002.
- 26) Rojo Torrecilla, Eduardo, “Inmigración y Derechos humanos: retos y perspectivas”, en *Jueces para la Democracia*, 2002, n°44.
- 27) Salinero, S., “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Revista de Política Criminal*, vol. 6, n° 11, julio 2011.

- 28) Silva, Jesús- María, *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1º ed., 1999.
- 29) Silva, M.L., “Estudio del art. 318 bis del Código Penal Español”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- 30) Silva, María Luisa, “Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español”, en Zugaldía, J. M. (director), Pérez, E. (coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- 31) Velaszo, J.C., “A modo de presentación Políticas Migratorias: Una cuestión de justicia”, Instituto de Filosofía del CSIC, 2005.
- 32) Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Argentina, Editorial EDIAR, 6ª ed., 2003.

## **II. Centros de Investigación.**

- 1) Boletín Informativo, Derechos humanos: Agenda Internacional de México, México, 2008.
- 2) Centro de Estudios Legales y Sociales, Federación Internacional de Derechos Humanos, “Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”, Federación Internacional de Derecho Humanos, Argentina, 2011.
- 3) Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2012”, Chile, 2012.

- 4) OIM, Organización Internacional para las Migraciones: “Migración e historia”, sec. 1.3, vol.1.
- 5) OIM, Organización Internacional para las Migraciones, “Las migraciones internacionales: Análisis y perspectivas para una Políticas Migratoria”, documento de trabajo #2, Santiago, 2003.
- 6) \_Organización de Estados Americanos: Orden cronológico de sus tratados. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_texto\\_cronologico\\_lista.asp#2013](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_cronologico_lista.asp#2013). Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013
- 7) \_ Organización de Estados Americanos: Migración. <http://www.oas.org/es/temas/migracion.asp>. Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.
- 8) \_Organización de Estados Americanos. Programa Interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo trabajadores migratorios y sus familias. [http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores\\_migratorios\\_programa\\_interamericano.htm](http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores_migratorios_programa_interamericano.htm). Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.
- 9) \_Organización de Estado Americanos. Migración y Desarrollo. <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-3.asp>. Fecha última de consulta: Lunes 22 de Julio de 2013.