

Informe legislativo sobre el proyecto de ley que Modifica la ley N° 21.325, de migración y extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional (Boletín 15261-25)

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 17 de abril de 2023, en sesión ordinaria N° 724, actualizada con fecha 23 de marzo de 2026, en sesión ordinaria N° 893.

I. ANTECEDENTES DE LA MOCIÓN

El boletín 15261-25 es una moción que ingresó el 5 de agosto de 2022, cuyo objetivo es modificar la ley N°21.325, de migración y extranjería, **para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional**. Este proyecto de ley fue presentado por las diputadas Yovana Ahumada, Sofía Cid, Catalina Del Real y Francesca Muñoz y los diputados Jorge Alessandri, Jaime Araya, José Miguel Castro, Andrés Jouanet, Andrés Longton y Diego Schalper.

Actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional, en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado. El día 16 de marzo de año en curso el Ejecutivo, a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, ingreso la urgencia legislativa de discusión inmediata al proyecto.

De acuerdo con el proyecto de ley mencionado, la propuesta se basa en los efectos adversos asociados a la migración clandestina, particularmente su impacto en la criminalidad. Se observa que la ley N° 21.325, sobre migración y extranjería promulgada en 2021 por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, no ha sido efectiva para abordar este tipo de migración ni contener los ingresos por pasos no

habilitados. Por tal motivo, mediante diversos artículos se propone modificar la ley N° 21.325, estableciendo principalmente dos cambios sustanciales.

La primera modificación consiste en establecer una excepción al artículo 9 de la ley N° 21.325 que señala: *“Artículo 9. No criminalización. La migración irregular no es constitutiva de delito.”*. El proyecto modifica el punto final y agrega “con excepción de lo dispuesto en el artículo 119 bis”.

La segunda modificación crea un nuevo párrafo III denominado “De los delitos migratorios”, en el que se agrega un nuevo artículo (artículo 119 bis) que tipifica el ingreso clandestino en los siguientes términos:

“Artículo 119 bis. El que, no reuniendo las condiciones para ser declarado como refugiado en nuestro país, o reuniéndolas, no provenga directamente de un territorio en donde su vida o libertad estén amenazadas, hiciere ingreso al territorio nacional de manera clandestina por un paso no habilitado o eludiendo el control migratorio, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. A los extranjeros que ingresaren al territorio nacional, mediante alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior y existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, se les aplicará la pena de presidio menor en su grado medio.

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

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE MIGRACIÓN

El 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes donde se reconoce “el compromiso de los países de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en todo momento”. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó la Resolución 04/19 “Principios

interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas” aprobada en las sesiones celebradas en El Salvador, el 7 de diciembre de 2019. Este marco internacional, en el cual se discute una nueva legislación migratoria para Chile, señala con claridad que los derechos y libertades de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas son incondicionales y no dependen, en ningún caso, de su situación migratoria¹.

De manera específica, los instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas migrantes son la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)², la Convención sobre el Estatuto de los refugiados, de 1951³, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2002)⁴ y la Resolución 04/19 de la CIDH de 2019 sobre los “Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas”.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derechos de personas migrantes que Chile ha ratificado consagran los estándares que deberían estar presentes en el proyecto de ley⁵. Esos principios son (1) el derecho al libre tránsito y migración, (2) el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación,

(3) el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia, (4) el derecho a la reunificación familiar y a la protección de la familia, (5) el derecho a la nacionalidad y a la identidad, (6) el principio del interés superior del niño, (7) el principio de no criminalización de la migración irregular, (8) el respeto del principio de no devolución,

1. Instituto Nacional de Derechos Humanos. La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Parlamento. 2018. p.134.

2. Ratificado por Chile a través de Decreto N° 84, del 2005, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3. Ratificado por Chile a través de Decreto N° 287, de 1972, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4. Ratificado por Chile a través de Decreto N° 342, de 2005, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

5. Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Convención Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

(9) el derecho de acceso a la información y (10) el reconocimiento del principio *pro homine*⁶.

Para esta propuesta legislativa, si bien todos los estándares son relevantes, destaca el principio de no criminalización de la migración irregular. La Resolución 04/19 de la CIDH de 2019 sobre los “Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas” señala:

“RECORDANDO que la irregularidad de la salida, la entrada o la estancia de una persona en un Estado no puede constituir un delito penal y, por lo tanto, no debe ser objeto de legislación penal o similar; y que el uso del término “ilegal” como calificador de personas refuerza la criminalización, discriminación y deshumanización de todos los migrantes, cualquiera que sea su situación migratoria (...)

Principio 67: Exención de castigo por ingreso irregular, presencia o situación migratoria

El hecho de que un migrante esté en situación irregular en un Estado no causa daño a ningún bien jurídico fundamental que necesite protección de la autoridad punitiva del Estado. Los migrantes deben estar exentos de sanciones por cuenta de su entrada, presencia o situación migratoria, o a causa de cualquier otra infracción que solo pueda ser cometida por migrantes. Por tanto, la imposición de sanción por ingreso irregular, presencia, estancia o situación migratoria es desproporcionada de conformidad con el derecho penal.

Los Estados no deben imponer sanciones a personas que necesiten protección internacional por cuenta de su entrada o presencia ilegal.

Los migrantes estarán exentos de enjuiciamiento penal por actos cometidos como consecuencia de ser víctimas de tráfico o trata de personas.⁷”

6. Instituto Nacional de Derechos Humanos. La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Parlamento. 2018. p.135.

7. Instituto Nacional de Derechos Humanos. La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Parlamento. 2018. p.135.

La Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2013), declara en el número 24:

“24. El Comité considera que no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado. La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados partes de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional.

En un mismo sentido, el Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2001) señala “(...) los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas. No son ni criminales ni sospechosos de cometer delitos”, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha afirmado, por su parte, que “La detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Vélez Loo Vs. Panamá)⁸.

El Relator Especial François Crépeau, en su informe presentado ante la Asamblea General dijo:

13. El Relator Especial observa con preocupación que algunos países consideran delito la entrada y residencia irregulares en su territorio. Desea destacar que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que “tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias”.

8. Instituto Nacional de Derechos Humanos. La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Parlamento. 2018. p.170.

La Corte IDH ha indicado que *“la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”* (párr. 134). Señala, igualmente, que *“sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos”* (párr. 119)⁹.

La migración irregular tiene un impacto particularmente gravoso en niños, niñas y adolescentes, quienes enfrentan mayores riesgos de vulneración de derechos en contextos de control migratorio. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 21/2014, ha señalado que los Estados deben priorizar la protección integral de la niñez, lo que implica evitar medidas privativas de libertad en el marco de procedimientos migratorios y adoptar alternativas que respeten sus derechos humanos. Este estándar reconoce que la aplicación de medidas restrictivas, como la detención, afecta de manera desproporcionada a los NNA, comprometiendo su desarrollo, bienestar y garantías fundamentales, por lo que exige respuestas diferenciadas, fundadas en el interés superior del niño.

Con todo, la evidencia comparada sugiere que la utilización de sanciones penales como herramienta para desincentivar la migración irregular no ha demostrado ser eficaz en los contextos en que ha sido implementada. Un análisis sobre las experiencias de Italia y Francia muestra que estas medidas presentan un bajo desempeño en los objetivos que buscan, particularmente en el aumento de los retornos de personas en situación migratoria irregular. En el caso italiano, durante el período 2010-2016, las expulsiones nunca superaron el 1,2% del total de personas condenadas por el delito de migración irregular, predominando en cambio la aplicación de multas, lo que se explica por dificultades prácticas en la ejecución de expulsiones y por exigencias probatorias incorporadas por los tribunales. En Francia, entre 2012 y 2016, el promedio anual de expulsiones asociadas a estos delitos fue de apenas 46 casos, evidenciando un uso muy limitado del sistema penal para efectos de retorno¹⁰.

9. Instituto Nacional de Derechos Humanos. La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Parlamento. 2018. p.154.

10. Rioseco, V. y Ramaciotti, J.P. (2024), a partir del análisis desarrollado por Rosina, M. (2022), La criminalización de la migración irregular en Europa: globalización, disuasión y ciclos viciosos.

Asimismo, estas medidas tampoco han logrado reducir los flujos migratorios no autorizados. A pesar de la tipificación del ingreso irregular como delito, Italia registró un aumento sostenido de estos flujos, alcanzando un máximo de 180.000 ingresos irregulares en 2016. En el caso de Francia, entre 2008 y 2018, el país se mantuvo de manera constante entre los cinco Estados de la Unión Europea con mayor número de personas en situación migratoria irregular¹¹.

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

La Constitución Política declara en el artículo 1° que las *“personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* sin distinción alguna. A su vez el inciso 2° del artículo 5° señala que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

Nuestra Carta Fundamental consagra a todas las personas, dentro de los derechos constitucionales del artículo 19, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

En el año 2021 se publicó la ley N° 21.325¹², de migración y extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la cual fue redactada considerando los estándares y principios señalados en el apartado anterior, lo que se ve reforzado en el inciso final del artículo 2¹³. Además, el artículo 6 regula la integración e inclusión estableciendo que *“El Estado, a través de la Política Nacional de Migración y Extranjería, propenderá a la integración e inclusión de los extranjeros dentro de la sociedad chilena”*.

11. Ídem.

12. Esta ley tuvo una tramitación legislativa de casi 8 años. Ingresó a través de Mensaje Presidencial el 20 de mayo de 2013.

13. El inciso final del artículo 2 de la ley N° 21.325 establece: *“Estas disposiciones también serán aplicables a los refugiados y a los solicitantes de reconocimiento de dicha condición, así como a sus familias, en todas aquellas materias que la ley N° 20.430 y su reglamento se remitan a las normas sobre extranjeros en Chile, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

Finalmente, esta ley consagra expresamente en su artículo 9 la no criminalización de la migración irregular, artículo al que este proyecto de ley pretende introducir una excepción para tipificar el delito de ingreso clandestino por paso no habilitado, tal como lo hacía el DL 1094 de 1975.

IV. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES

El Estado tiene el deber de proteger y garantizar todos los derechos humanos inherentes a toda persona, y que son consagrados en los tratados internacionales, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución Política. Así como la seguridad, también el Estado de Chile tiene el deber de cumplir con los instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas migrantes, especialmente los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas declarados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Chile requiere de una política de migración, lo cual supone conciliar los valores de seguridad y orden, juntos con los de justicia e integración. Esto significa dar un trato justo a las personas migrantes, fomentar el ingreso regular y adoptar medidas en contra de delitos como son el tráfico ilícito de migrantes.¹⁴

Como Instituto Nacional de Derechos Humanos comprendemos la crisis de seguridad que atraviesa actualmente el país. La seguridad es un derecho humano del cual todos somos titulares y que está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9, donde insta que todos tenemos el derecho a la libertad y a la seguridad personal, así como también nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N°7 consagra el derecho de toda persona a la libertad personal y la seguridad individual.

Por lo anterior el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos recomienda a todos los órganos del Estado, especialmente al Congreso Nacional, trabajar para proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas, considerando y teniendo siempre a la vista los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile. En este sentido, es necesario que el proyecto de ley

14. Instituto Nacional de Derechos Humanos. La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDF al Parlamento. p.155

se adecúe y cumpla con los estándares mínimos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos antes señalados, así como con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en esta materia, especialmente en lo declarado por el principio 67 de los “Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas” y el artículo 1° de la Constitución Política y el artículo 9 de la N° 21.325, en cuanto no criminalizar la migración irregular, estándares que el proyecto debiese satisfacer, para cumplir con su propia legislación y con los compromisos asumidos por Chile.

V. V. ACTUALIZACIÓN DE COMENTARIOS

El Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos ha continuado monitoreando el desarrollo del proyecto de ley. Considerando las modificaciones introducidas durante el proceso legislativo, se presentan a continuación los comentarios y recomendaciones pertinentes.

La actualización del proyecto de ley establece modificaciones a Ley N° 21.325 de Migración de Extranjería y al Código Procesal Penal, estableciendo el delito de ingreso clandestino al territorio nacional y fijando reglas en las investigaciones y procesos penales relacionados a este delito. Como se señaló en el acápite I, actualmente se encuentra en segundo trámite legislativo en el Senado, radicado en la comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización y el poder ejecutivo, el día 16 de marzo del año en curso ordenó su discusión inmediata.

Se establece que el ingreso al territorio nacional por pasos no habilitados o mediante la elusión del control migratorio será sancionado con penas de presidio menor o multa, contemplando además hipótesis agravadas en determinados casos, así como la expulsión obligatoria del territorio nacional una vez cumplida la pena.

Incorpora un nuevo artículo 119 bis que tipifica el delito de ingreso clandestino al territorio nacional. Asimismo, contempla otras modificaciones a la normativa migratoria vigente.

“Artículo 1.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N°21.325, de Migración y Extranjería:

1. *Añádese en el artículo 9, a continuación del punto y final, que pasa a ser coma, la frase “con excepción de lo dispuesto en el artículo 119 bis.”.*

2. *Intercálase en el Título VII el siguiente Párrafo III, nuevo, y los artículos 119 bis y 119 ter contenidos en él, pasando el actual Párrafo III a ser Párrafo IV:*

“Párrafo III

De los delitos migratorios.

Artículo 119 bis.- El que ingrese al territorio nacional de manera clandestina, por un paso no habilitado o eludiendo el control migratorio, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

El extranjero que ingrese al territorio nacional mediante alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, existiendo a su respecto una causal de impedimento o prohibición de ingreso, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

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

Se procederá siempre a la expulsión del extranjero del territorio nacional una vez cumplida la pena en los términos de los incisos precedentes.

Lo dispuesto en el inciso primero no se aplicará a extranjeros que reúnan las condiciones para ser reconocidos como refugiados en Chile, siempre que en este caso provengan directamente del territorio donde su vida o libertad esté amenazada. Tampoco se aplicará a niños, niñas o adolescentes o al padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal.

Artículo 119 ter.- En las investigaciones y procesos penales que tengan lugar con ocasión de las conductas señaladas en el artículo anterior se seguirán las siguientes reglas:

1. *Aun cuando se produzca la detención en flagrancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del Código Procesal Penal, se intentará siempre la medida de reconducción o devolución inmediata. Si ello no fuera posible, se*

pondrá al infractor a disposición del tribunal respectivo, de conformidad con lo señalado en el inciso octavo del artículo 131.

2. En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio. Cuando resulte mérito para condenar, pero concurran antecedentes favorables que no hagan aconsejable la imposición de la pena al imputado o éste carezca de los recursos para su pago, el juez podrá dictar la sentencia y disponer la expulsión.

3. El tribunal podrá extender hasta por cinco días el plazo de ampliación de la detención a que alude el inciso tercero del artículo 132 del Código Procesal Penal.

4. Para efectos de decretar la prisión preventiva, el tribunal entenderá que existe peligro de fuga del imputado cuando se desconozca su identidad, carezca de documentos de identidad que den cuenta de ella de manera fidedigna o carezca de medios para costear su estadía por el plazo de investigación.

5. El imputado que haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encuentre en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no esté ejecutoriada la resolución que niegue, sustituya o revoque la prisión preventiva. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia y gozará de preferencia para su vista y fallo.

6. El fiscal deberá cerrar la investigación transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que hubiese sido formalizada. Antes del término de este plazo podrá solicitar su prórroga hasta por tres meses.

7. No procederán las penas sustitutivas del artículo 1 de la ley N°18.216, con excepción de la expulsión establecida en su artículo 34.

8. Si el fiscal, con acuerdo del imputado, solicita la suspensión condicional del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 del Código Procesal Penal, podrá disponerse como condición a cumplir la expulsión del imputado del territorio nacional con prohibición de ingreso por el lapso que se fije como plazo para dar por cumplida la condición. Si se acuerda la expulsión, el tribunal pondrá al imputado a disposición de la Policía de Investigaciones de Chile, para efectos de que lleve a cabo la implementación de la medida, y se procederá a la internación del condenado hasta su ejecución. De ello informará al Servicio Nacional de Migraciones

9. Si en el curso de la investigación surgen antecedentes calificados que den cuenta de que el imputado era víctima del delito de trata de personas, el juez de garantía dictará sobreseimiento definitivo y comunicará dicho hecho al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y al Fiscal Regional respectivo.”

3. *Intercálase en el artículo 131 el siguiente inciso octavo, nuevo, pasando el actual a ser inciso final:*

“Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable tratándose de extranjeros sorprendidos de manera flagrante en la perpetración del delito previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 119 bis, sin que hayan cometido otro hecho punible. En estos casos se procederá con la medida de reconducción o devolución inmediata, y si ello no fuera posible, se pondrá al infractor a disposición del tribunal respectivo. En estos casos se contabilizará el plazo de detención desde que se verifique la imposibilidad de reembarcar o reconducir de conformidad con este artículo. Si se produce la reconducción o devolución inmediata, la autoridad contralora informará de ello al Servicio para los fines pertinentes.”.

Se proponen las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

Artículo 2. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 140 del Código Procesal Penal:

1. *Agrégase en el inciso cuarto, a continuación del punto final, que pasa a ser una coma, la frase “cuando no sea posible determinar la identidad de la persona o cuando sin ser turista, no cuente con rol único nacional.”.*

2. *Incorpórase el siguiente inciso final:*

En caso de que el imputado no cuente con rol único nacional o no pueda determinarse su identidad, el tribunal debe informar al Servicio de Registro Civil e Identificación.”.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El proyecto de ley en discusión fue presentado bajo la premisa de la necesidad de tipificar el ingreso clandestino como delito debido a que “los flujos migratorios clandestinos hacia Chile están provocando consecuencias negativas que deben ser abordadas con urgencia”. Al respecto, es relevante considerar la experiencia previa en el país, dado que durante la vigencia del DL 1094 de 1975, de migración y extranjería, vigente hasta el 2022, se tipificaba como delito el ingreso clandestino por paso no habilitado.

Sin embargo, entre 2012 y 2017 el promedio anual de ingresos por pasos no habilitados (IPNH) fue de 2.037 personas, a partir del año 2018 esta cifra creció continuamente, ese año se registró el ingreso de 6.310 personas y en 2019 la cifra se elevó a 8.048. Con el cierre de las fronteras producto de la pandemia la cifra aumentó a 16.848 en 2020 y a 56.586 en 2021. En los años siguientes, durante la vigencia de la Ley 21.325 la cantidad de personas que ingresa por pasos no habilitados ha descendido, llegando a 26.275 en 2025¹⁵.

Las cifras, dan cuenta de que la tipificación del delito de ingreso clandestino no genera un desincentivo a la migración irregular de las personas migrantes, la que responde a múltiples factores. Al respecto, el Servicio Nacional de Migraciones ha señalado que el aumento de la cantidad de personas que ingresaron por pasos no habilitados fue producto de complejidades en la consecución de permisos consulares desde 2019, y con un mayor incremento desde 2020 con la pandemia por COVID-19, como también por crisis humanitarias, políticas y sociales vividas en la región¹⁶.

Además, durante la vigencia del DL 1094, el proceso respectivo sólo podía iniciarse por denuncia o requerimiento del Ministerio del Interior o del Intendente Regional. En la práctica, considerando el costo y recursos requeridos de perseverar en la acción penal, el Ministerio del Interior se desistía de estas acciones, pero igualmente dictaba las órdenes de expulsión administrativas sin que existiera sentencia condenatoria. Por su parte, la Corte Suprema, al resolver acciones de amparo, fue consistente en dejar sin efecto estas resoluciones de expulsión, argumentando que la ejecución de la expulsión sin sentencia condenatoria vulneraba el debido proceso¹⁷.

Además, esta propuesta contradice el principio de no criminalización de la migración irregular que contiene la Ley 21.325 vigente en su artículo 9. Cabe mencionar que el

15. Estadísticas generales de la migración en Chile desde registros administrativos. Servicio Nacional de Migraciones: Cifras de enero 2016 a diciembre 2025. Santiago, Chile. Recuperado de: <https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/analisis-sermig/>

16. Ídem

17. Lo resuelto por la Corte se funda en que “la orden de expulsión normalmente se fundamenta en presupuestos fácticos a partir del parte policial, controles, y nociones formales de la Ley de Extranjería, sin que exista sentencia condenatoria dictada por tribunal imparcial e independiente; tampoco se sigue un procedimiento legal que contenga garantías de un proceso racional y justo. En este escenario, la expulsión afectaría la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N°7 de la Carta Fundamental” <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/problemas-de-debido-proceso-en-la-expulsion-administrativa-por-ingreso-clandestino-de-inmigrantes/>

gobierno del Presidente Sebastián Piñera propuso introducir este artículo, con la finalidad de adecuar la normativa entonces vigente a las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado en la materia. En este sentido, el Subsecretario del Interior de la época, Sr. Rodrigo Ubilla justificó la introducción de esta norma, señalando que “en cumplimiento del principio de No Criminalización, no habrá delitos migratorios, sino infracciones. Esta es una importante adecuación a los convenios internacionales sobre la materia”¹⁸.

La no tipificación del ingreso clandestino como delito en la Ley N° 21.325 constituyó un importante avance de actualizar la normativa chilena de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, de acuerdo con los cuáles la migración irregular sólo puede ser una falta administrativa y, por lo tanto, no se puede imponer sanción penal, por lo que las modificaciones propuestas en este proyecto podrían significar un retroceso en los derechos humanos de las personas migrantes. En 2023 el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares manifestó su preocupación a Chile por la criminalización de las personas migrantes en situación irregular “en el discurso de representantes de partidos políticos, incluyendo el gobierno” y por la propuesta de esta reforma legal que busca sancionar penalmente el ingreso regular, y recomendó “redoblar los esfuerzos para la implementación plena y efectiva de todas las medidas dirigidas a prevenir y erradicar la xenofobia y garantizar la no criminalización de la migración irregular”¹⁹.

En este contexto, la medida no supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el grado de afectación a derechos fundamentales —en particular la libertad personal, el debido proceso y el principio de igualdad y no discriminación— resulta claramente excesivo en relación con la entidad del interés estatal comprometido. En este sentido, la utilización del derecho penal en este ámbito desconoce su carácter de *ultima ratio* y se aparta de los estándares desarrollados

18. Historia de la Ley 21.325. Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, recaído en el Proyecto de Ley De Migración Y Extranjería

19. Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Follow-up letter sent to the State party. ONU Doc. CMW/followup/37/ik, 11 de diciembre de 2023

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que exigen que toda restricción de derechos sea estrictamente necesaria y proporcional²⁰.

En particular, respecto al artículo 119 bis se relevan los siguientes aspectos:

- Se crea el delito de ingreso clandestino al territorio nacional, transformando una infracción administrativa en un ilícito penal. Esta decisión desnaturaliza el carácter administrativo del derecho migratorio, resulta desproporcionada frente a una conducta que no implica, por sí misma, lesión a bienes jurídicos de significancia penal (principio de fragmentariedad) y se aparta de estándares internacionales que desaconsejan el uso del derecho penal en materia migratoria. En este sentido, la iniciativa consolida una tendencia de securitización de la migración, incompatible con un enfoque de derechos humanos. Asimismo, desconoce el carácter de última ratio del derecho penal, conforme al cual este debe operar únicamente como último recurso del ordenamiento jurídico, reservado para la protección de bienes jurídicos frente a las conductas más graves.
- A lo anterior se suma que la tipificación de esta conducta como delito tiene el potencial de generar una sobrecarga significativa del sistema penal, desviando recursos institucionales —del Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los tribunales y policías— hacia la gestión de la migración irregular, en desmedro de la investigación y sanción de delitos que afectan gravemente a la sociedad.
- Se establece que se procederá siempre a la expulsión una vez cumplida la pena, esto plantea serias objeciones desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y del respeto a las garantías individuales. La automaticidad de esta medida impide realizar un análisis individualizado de las circunstancias de cada caso, tales como el arraigo familiar, la existencia de vínculos en el país o la eventual concurrencia de situaciones humanitarias. Además, puede generar conflictos con el principio de no devolución, particularmente en aquellos

20. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido enfática en señalar que las restricciones a la libertad personal de personas migrantes deben ser excepcionales, necesarias y proporcionales, en Corte IDH, Vélez Loo vs. Panamá, párrs. 165-172; también en Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párrs 111-127.

casos en que la persona expulsada pueda enfrentar riesgos para su vida o integridad en el país de destino.

- Respecto a las personas que cumplen con las condiciones para ser reconocidas como refugiadas en Chile, en el artículo 119 bis se limita la no aplicación de sanciones a aquellas que provengan directamente del territorio donde su vida o libertad está amenazada. Al observar las modificaciones aprobadas en 2024 por la Ley 21.655, que estableció cambios en la legislación relativa al refugio²¹, resulta necesario que la redacción de la norma considere que las personas que requieren de protección internacional pueden venir desde un tránsito por otros países, producto de la compleja situación de los países de origen.

En particular, respecto al artículo 119 ter se relevan los siguientes aspectos:

- **Procedimiento de expulsión.** Se establece que, si se acuerda la expulsión, el tribunal pondrá al imputado a disposición de la Policía de Investigaciones de Chile, para efectos de que lleve a cabo la implementación de la medida, y se procederá a la internación del condenado hasta su ejecución. La evidencia internacional indica que los centros de internación no solo constituyen focos de vulneraciones a los derechos humanos, sino que además suponen un elevado costo económico para el Estado sin asegurar la eficacia de los procesos de expulsión. Además, la dificultad primordial para concretar las expulsiones persiste en las dificultades de generar coordinación con los países de destino. Al respecto, la Subsecretaría de Interior ha informado al INDH mediante oficio 16.396 que hasta el año 2024 había 15.015 resoluciones de expulsión sin materializar. Recientemente, en la prensa, Frank Sauerbaum quien asumirá la dirección del Servicio Nacional de Migraciones, ha informado que actualmente existen 37 mil personas con orden de expulsión vigente, Resoluciones

21. El artículo 2 de la Ley 20.430 señala que “Se entenderá que llegan directamente quienes lo hacen en un viaje con escalas siempre que la estadía en un tercer país no se haya extendido por más de sesenta días. En casos calificados, el Subsecretario del Interior podrá ampliar este plazo.”

de expulsión sin materializar, pero que el Estado no cuenta con los recursos necesarios para concretar esos procesos²².

- **Aumento del plazo de detención.** Se establece en el numeral tercero de la norma propuesta que el tribunal podrá extender hasta por cinco días el plazo de ampliación de la detención a que alude el inciso tercero del artículo 132 del Código Procesal Penal. Esta medida implica *per se* una restricción al derecho fundamental de libertad personal de las personas, reconocido en el artículo 19 N°7 de la Constitución y diversas convenciones internacionales en materia de derechos humanos²³, por las razones que en los párrafos siguientes se expresará. Por consiguiente, para que la medida legislativa resulte constitucional debe necesariamente estar justificada, de modo que no se vea afectada la esencia del referido derecho fundamental²⁴ ni vulnerada la garantía de prohibición de detención arbitraria²⁵.

En ese sentido, si se analiza el ordenamiento jurídico chileno puede apreciarse que sólo en cuatro tipos de supuestos puede ampliarse el plazo de la detención por más de tres días. En primer término, por delitos contemplados en la Ley N°20.000. En segundo lugar, en las investigaciones de los delitos establecidos en la Ley N°21.732 que determina conductas terroristas. En tercero, en investigaciones de asociaciones delictivas o criminales, en los términos del Párrafo 10 del Título VI del Libro II del Código Penal, de investigaciones dirigidas contra personas cuya identidad no puede ser determinada o de investigaciones dirigidas contra personas de nacionalidad extranjera cuyos antecedentes criminales son desconocidos. Y en cuarto, en los procesos de

22. Nota de prensa CNN Chile: Futuro director de Migraciones asegura que “hay 37 mil personas con orden de expulsión firmada” pero que faltan recursos para sacarlas del país. Publicado el 17.03.2026, disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/futuro-director-de-migraciones-hay-37-mil-personas-con-orden-de-expulsion-firmada-y-no-tenemos-presupuesto-para-sacarlas_20260317/

23. Entre otras, en los arts. 3 y 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos

24. Artículo 19 N°26 de la Constitución

25. Reconocida en los mismos cuerpos normativos ya citados.

detención respecto de quien tenga vigente una notificación roja de la Organización Internacional de Policía Criminal.

Como puede observarse, en cada uno de estos supuestos se investigan delitos complejos que buscan sancionar conductas delictivas propias del fenómeno de la criminalidad organizada. Ilícitos que difieren en su finalidad y gravedad respecto a los que se buscan sancionar en el Proyecto de ley. De modo que el aumento del plazo de detención del Proyecto de ley no tendría asidero si se le compara con las razones que motivan las otras ampliaciones (excepcionales). Asimismo, la norma no demuestra ser idónea ni necesaria ni proporcional para justificar una afectación de tal magnitud al derecho a la libertad personal si se tiene en consideración que los delitos migratorios son en realidad ilícitos administrativos que se castigan con una pena penal para proteger el correcto funcionamiento del sistema migratorio y, por ende, no requieren de una medida excepcional para el desarrollo de su investigación.

La Excelentísima Corte Suprema²⁶ ha señalado al respecto que “Es menester recordar que tal inciso autoriza al juez a ampliar la detención hasta por 3 días, cuando la fiscalía no cuente con los antecedentes necesarios para formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procediere. En tal sentido, si bien la legislación permite la ampliación por cinco días, según lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución Política, tal hipótesis está restringida a hechos calificados por la ley como conductas terroristas, por lo que su homologación resulta desproporcionada en atención a la naturaleza del delito objeto del proyecto en estudio.”

En este sentido, la extensión adicional propuesta no sólo desnaturaliza el carácter excepcional de la medida, sino que además establece una diferencia arbitraria y discriminatoria, al circunscribirse exclusivamente a personas imputadas por ingreso clandestino, sin que exista un fundamento suficiente que justifique un trato más gravoso respecto de otros imputados en el sistema penal. Dicha distinción resulta especialmente problemática considerando que se trata de personas migrantes, quienes constituyen un grupo en situación de

26. Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Oficio N° 241-2024, de 31 de julio de 2024, que informa el proyecto de ley que “Modifica la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional”.

vulnerabilidad, lo que refuerza la exigencia de un escrutinio estricto respecto de cualquier medida que implique una restricción a su libertad personal.

- **Presunción de peligro de fuga.** El numeral cuarto de la disposición propuesta establece que, para efectos de decretar la prisión preventiva, el tribunal presumirá la existencia de peligro de fuga cuando el imputado carezca de identificación, de documentos fidedignos o de medios económicos para sostener su estadía durante la investigación. Esta regulación resulta problemática, toda vez que la prisión preventiva constituye la medida cautelar más gravosa del sistema penal y, conforme al principio de última ratio, su aplicación debe ser excepcional, fundada en antecedentes concretos y sujeta a un análisis estrictamente individualizado.

La Excm. Corte Suprema²⁷, se ha referido en su informe a esta propuesta señalando que la iniciativa interviene de dos modos distintos: en primer lugar, en lo relativo a qué se entenderá por peligro para la seguridad de la sociedad, se hace ver que no logra comprenderse cómo se relaciona con los objetivos o ideas matrices del proyecto, puesto que opera no sólo para casos de control fronterizo y migratorio, sino como criterio de general aplicación, tanto para chilenos como extranjeros; y en segundo lugar, sobre el establecimiento de qué se entenderá por peligro de fuga respecto de los nuevos delitos migratorios, se considera que pareciera ir en la senda de evitar burlar la acción de la justicia, excepto en la hipótesis de quien “carezca de medios para costear su estadía por el plazo de investigación”, en que se estima que pareciera exceder las funciones y justificación que se le reconocen a la prisión preventiva.

La presunción planteada, además de contradecir los principios de excepcionalidad y motivación que deben regir la prisión preventiva, resulta especialmente preocupante considerando el elevado número de personas migrantes en situación irregular. Esta medida podría contribuir a agravar la crisis actual del sistema penitenciario, caracterizada fundamentalmente por la sobreocupación y el hacinamiento.

Por otra parte, los tribunales de justicia, tanto a nivel de Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema, ya han debido asumir una carga significativa en la revisión de asuntos vinculados al derecho migratorio, especialmente a

27. Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Oficio N° 241-2024.

través de acciones constitucionales y control de legalidad de actuaciones administrativas. En este contexto, la eventual tipificación del delito de ingreso por pasos no habilitados implicaría trasladar dichas controversias al ámbito penal, generando una previsible sobrecarga adicional para los tribunales con competencia en esta materia.

En virtud de lo expuesto, es posible concluir que el proyecto de ley implicaría un incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en esta materia, al criminalizar la migración irregular, establecer medidas desproporcionadas que afectan la libertad personal, introducir presunciones basadas en la condición migratoria y disponer la expulsión sin realizar un análisis individual. En este contexto, la iniciativa representa un retroceso en la protección de los derechos de las personas migrantes, alejándose de un enfoque basado en derechos humanos.

Por último, el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, reitera la recomendación realizada el año 2025 en el Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, al Ministerio del Interior, a la Subsecretaría del Interior y al Servicio Nacional de Migraciones de adoptar medidas administrativas para minimizar la migración irregular, a través de garantizar los recursos y coordinaciones necesarias para la gestión oportuna de permisos de ingreso y residencia, así como flexibilizar la exigencia de pruebas de identificación o filiación para niños, niñas y adolescentes, en la dirección resuelta por los tribunales de justicia²⁸.

28. INDH 2025. Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1861>