

**DERECHO PENAL DE EMERGENCIA Y CONTROL  
MIGRATORIO EN CHILE**  
**(Retroceso y violación de derechos fundamentales en las recientes  
propuestas de reforma a la Ley de Migración y Extranjería)<sup>1</sup>**

**EMERGENCY CRIMINAL LAW AND IMMIGRATION  
CONTROL IN CHILE**  
**(Regression and violation of fundamental rights in the recent  
proposals to reform the Migration and Alien Law)**

Fabiola Girao Monteconrado\*

**Resumen**

Las diversas y recientes propuestas legislativas de reforma a la Ley de Migración y Extranjería apuntan al menoscabo de derechos y garantías fundamentales de las personas migrantes indocumentadas y representan un retroceso de los avances conquistados por la Ley 21.325. Analizadas en conjunto, las propuestas revelan una tendencia a la criminalización de la inmigración irregular como respuesta al aumento de la criminalidad en Chile, sin que se cuente con evidencias científicas sobre las causas del aumento de las tasas de delitos o de la eficiencia de la instrumentalización del sistema penal para su reducción.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 28 de diciembre de 2023 y aceptado el 19 de abril de 2024.

\* Doctora en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Profesora de derecho penal de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile.  0009-0006-8433-9723. Dirección Postal: Calle Larrondo, 1281, Coquimbo. Correo electrónico: [fabiola.girao@ucn.cl](mailto:fabiola.girao@ucn.cl).

## Palabras clave

Derecho a migrar, migración irregular, derecho penal de emergencia, *crimigration*, control migratorio

## Abstract

The various recent legislative proposals to reform the Migration and Alien Law are aimed at undermining the fundamental rights and guarantees of undocumented migrants and represent a setback to the progress achieved by law N°21.325. Analyzed as a whole, the proposals reveal an authoritarian tendency to criminalize irregular immigration as a response to the increase in crime in Chile, without scientific evidence on the causes of the increase in crime rates or the efficiency of the criminal justice system in reducing it.

## Keywords

Right to migrate, irregular migration, emergency criminal law, *crimigration*, migratory control.

## 1. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

El “derecho a migrar” en sentido estricto no está consagrado en Chile, tampoco lo reconoce expresamente el derecho internacional pues establece la limitación del derecho a libre circulación por razones de interés público, es decir, el derecho a salir y a regresar al propio país, pero no el derecho de ingresar libremente a otro<sup>2</sup>. De hecho, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos señala que los estados tienen la facultad de regular su propia política migratoria y, en tal ejercicio, pueden fijar mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, sin embargo eso no autoriza concluir que la normativa del

---

2 El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a libre circulación dentro del territorio de un Estado, el derecho de salida de cualquier país y regreso al propio, pero no el derecho de ingresar libremente a cualquier país. Mientras que el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala expresamente que el derecho a la libre circulación está condicionado a la condición regular de la persona y puede ser limitado “para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

derecho internacional sobre la materia sea de carácter meramente restrictivo. Los principales documentos interpretativos y recomendaciones emanadas respectivamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalan de forma contundente que las políticas migratorias deben ser siempre compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana<sup>3</sup>.

La regulación y restricción de los flujos migratorios han sido utilizadas a lo largo del siglo XX en América Latina como formas de control social. Es más, las políticas de control de los movimientos migratorios en el continente han recurrido de forma reiterada a la deportación o expulsión de extranjeros como herramienta para la persecución política materializando la “ilegalidad” migratoria en el paulatino aumento de medidas y requisitos para la entrada en territorio nacional, como la exigencia de pasaporte con fotografía, los certificados de buenas conductas o de buena salud, entre otros<sup>4</sup>. Sin embargo, a partir de la década de los 90 del siglo pasado, surgió una nueva agenda global que cambió el escenario al introducir la idea de internacionalización o transnacionalización de las políticas migratorias mediante la actuación de diversos actores sociales y políticos de carácter nacional o transnacional que impusieron un cambio de paradigmas, pero no pudieron superar la lógica contable de costo-beneficio en el diseño de las políticas migratorias. Así, se pasó a destacar la importancia de proteger las personas migrantes por su condición de vulnerabilidad, pero se mantuvo el foco en las ventajas económicas y en el papel positivo de la migración en el crecimiento económico, desarrollo y reducción de la pobreza, encarnando una nueva idea de organización, clasificación y control migratorio<sup>5</sup>. La lógica de restricción y regulación bajo el imperio del estado permaneció, se introdujo la idea de protección de derechos, pero con contornos menos antipáticos a la lógica de la sociedad de consumo capitalista.

---

3 En este sentido ver: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 y CIDH, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso, de 30 de diciembre de 2010.

4 DOMENECH (2015), p. 192.

5 DOMENECH (2008), p. 55.

No obstante, en Sudamérica hubo otro factor clave: el retorno a la democracia en diversos países del bloque sur proporcionó un ambiente favorable a los grupos de defensa de derechos humanos y movimientos sociales para reclamar la derogación de leyes engendradas en dictaduras cuyos enfoques eran netamente securitistas<sup>6</sup> y la adhesión a los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Con un clima político favorable, fue posible percibir avances significativos en ámbito regional e interno de los estados, siendo un ejemplo de ello la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios que estableció el compromiso del Mercosur con “una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los Derechos Humanos (...)”<sup>7</sup>.

De hecho, se habló de un proceso de “humanización” de las legislaciones y políticas migratorias en Latinoamérica<sup>8</sup>, no necesariamente linear, pero impulsado por los estados y por los organismos de carácter interregional a partir de la integración de los instrumentos internacionales específicos en materia migratoria, las decisiones de la Corte Interamericana y los otros mecanismos consultivos regionales, elaborándose así un marco teórico nuevo orientado por el concepto de gobernabilidad o gobernanza global en lugar de la concepción de control. El avance fue evidente, pero no significó la consagración de un derecho humano a migrar en sentido estricto: el estado sigue siendo el titular de sus políticas migratorias, pudiendo regular con amplio margen de discrecionalidad las condiciones de entrada y salida de su territorio.

En general, no se logró introducir en el catálogo de derechos humanos el “derecho a migrar” y las legislaciones nacionales en general no lo reconocieron, salvo en los casos de Argentina, Uruguay, Ecuador y Guatemala que lo contemplan de forma expresa. En los casos de las legislaciones de Argentina y Uruguay se declara como un derecho inalienable extendido a

---

6 En Chile, el Decreto Ley 1094, de 1975; en Argentina, la Ley 22.439, de 1981, conocida como “Ley Videla”; en Brasil, la Ley 8.615, de 1980, el “Estatuto del Extranjero”.

7 Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios del Mercosur.

8 GARCÍA (2016), p. 107.

todos los extranjeros, independiente de su condición migratoria<sup>9</sup>. A su vez, la Constitución ecuatoriana reconoce en su artículo 40 el derecho a migrar y, agrega, “no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. Menos enfática es la legislación de Guatemala, que bajo el título de “derecho a migrar” reconoce el derecho a la libre circulación, incluyendo la entrada, permanencia, tránsito, salida y retorno al territorio nacional “conforme la legislación nacional”<sup>10</sup>.

## **2. EL (REAL) CONTENIDO DEL “DERECHO A MIGRAR” DESDE LA OPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Es posible afirmar que, sin abandonar el eje central de regulación migratoria, el retorno a la democracia favoreció avances significativos en torno al reconocimiento de los estándares establecidos por el derecho internacional, en cuyo ámbito ya primaba la idea de ciudadanía con un enfoque inclusivo<sup>11</sup> y con mayores cuotas de participación política, social, económica y cultural. Y, como se ha dicho, pese a que el derecho a migrar no fue consagrado en los tratados internacionales, un conjunto de derechos fundamentales fue garantizado por la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en dos grandes secciones: un catálogo mínimo de derechos destinados a todas y todos los trabajadores migratorios y sus familiares (parte II y III) y; otros derechos, cuyos titulares son los trabajadores y familiares “documentados o en situación regular” como, por ejemplo, el derecho a establecer asociaciones, sindicatos o el derecho al voto<sup>12</sup>. Todo eso, sostenido por la prohibición de

---

9 Ley 25.871 de 2004 (Argentina); Ley 18.250 de 2008 (Uruguay). Sobre el derecho a migrar en Argentina, consultar HINES (2012), pp. 209-344.

10 Artículo 1°, del Decreto N°44-2016. Sobre el estado actual del derecho humano a migrar en los estados latinoamericanos, y con una visión parcialmente distinta sobre la normativa que consagra el derecho a migrar, consultar FEDDERSEN et al. (2022).

11 Esta visión inclusiva de ciudadanía y participación también se encuentra respaldada por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

12 Aprobada por la Resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 18 de diciembre de 1990, es considerado el instrumento de carácter universal más importante en materia migratoria, suscrita por Chile el 24 de septiembre de 1993 y promulgada por medio

políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, así como aquellas cuyo impacto sea discriminatoria contra cierta categoría de personas, aun cuando el estado no pueda probar la intención discriminatoria<sup>13</sup>.

Del mandato de no discriminación se puede evaluar el real contenido del así denominado “derecho a migrar”. Los estados que adhieren al conjunto normativo del derecho internacional en materia migratoria contraen la obligación de abstenerse de realizar acciones que de cualquier modo vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones discriminatorias de *iure* o de *facto*<sup>14</sup>. De esta forma, y partiendo del reconocimiento de la particular situación de vulnerabilidad de las personas migrantes, el derecho internacional sitúa el principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* para restringir las distinciones que las políticas migratorias puedan establecer, en sus objetivos y en su ejecución, entre migrantes en situación regular o irregular sin, con todo, impedir dicha “clasificación”.

Junto al principio fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación, el manto protector del derecho internacional se completa con los siguientes principios, derechos y garantías: i) el derecho de libre circulación y residencia,

---

del Decreto 84, publicado el 8 de junio de 2005.

13 En este sentido, ver informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Informe sobre inmigración en Estados Unidos sobre detenciones y debido proceso, párr. 95; Informe sobre derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, párr. 358. La Comisión también se ha pronunciado sobre los límites de dicha prohibición: “toda distinción permisible se base en una justificación objetiva y razonable, que deben impulsar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y los medios deben ser razonables y proporcionados al fin que se procura” (CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos, Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párrs. 238-39). Es más, tras haber presentado una distinción basada en una categoría sospechosa, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales se evalúan de manera calificada de forma tal que no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa. Asimismo, no es suficiente que la medida sea idónea o exista una relación lógica de causalidad entre la misma y el objetivo perseguido, sino que debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva. Además, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en término de grado de sacrificio y beneficio (CIDH, Caso Benito Tide y otros contra República Dominicana, 29 de marzo 2012).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 18/03, párr. 149.

conforme establecido en el art. 22 de la CADH, teniendo como corolario el derecho de solicitar y recibir asilo político (numeral 7) y el principio de no devolución (numeral 8); ii) el principio del debido proceso, dispuesto en el art. 8, numerales 1 y 2 de la CADH, estableciendo en razón de él garantías mínimas para casos de expulsión<sup>15</sup>; iii) principio de no criminalización, que se desprende de los arts. I, II y XXV de la Declaración Americana, así como los arts. 1 y 7 de la CADH, que garantizan que toda persona, sin importar el país en que se encuentre, tiene derecho a la libertad personal y a no ser privado ilegal ni arbitrariamente de este derecho con motivo de su origen, nacionalidad, o cualquier otra condición que atente contra la dignidad inherente al ser humano; iv) derecho a la protección de la familia y la prohibición de que la vida familiar sea objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, plasmado en el principio de unidad o reunificación familiar, conforme a lo establecido en los arts. 11.2 y 17 de la CADH y art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es importante señalar que el sistema de protección de derechos humanos es complejo y se compone no solamente de los tratados y convenciones internacionales del ámbito universal y regional, sino que integra también otros documentos de carácter no vinculante (*soft law*) y de la producción jurisprudencial de las cortes internacionales. Ese conjunto normativo y jurisprudencial sirve como barrera de contención al ejercicio de la soberanía del estado para regulación de sus políticas migratorias<sup>16</sup>.

---

15 Prohibición de expulsiones colectivas, expresamente prevista en el art. 22, inciso 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); derecho a información formal y expresa de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación (las que deben estar debidamente motivada conforme a la ley), y que incluye el deber de ser notificado sobre: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin. Sobre las garantías mínimas debidas en caso de expulsión, ver los siguientes casos: Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas, sentencia de 24 de octubre de 2012; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso *Hirsi Jamaa vs. Italia*, N°27765/09. Gran Sala. Sentencia de 23 de febrero de 2012; caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014.

16 En este sentido, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, NNA, Comunidades y Pueblos indígenas, aprobado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana y que da continuidad a los proyectos aprobados en instancias anteriores, tales como las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia

### **3. EN CHILE: DE LA TÍMIDA INSERCIÓN A LA LÓGICA DE LA *GLOBAL GOVERNANCE* AL RETROCESO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL AVANCE DEL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN**

El 20 de abril de 2021, tras siete años de tramitación del proyecto de ley presentado por el ex presidente Sebastián Piñera (Boletín N°8970-06), fue publicada la ley 21.325 estableciendo un nuevo marco legislativo en materia migratoria en Chile, con un enfoque más cercano a los estándares internacionales anteriormente mencionados, pese a las críticas que igualmente pesaron durante el proceso de discusión parlamentaria<sup>17</sup>. En efecto, el art. 3° de la nueva ley migratoria reconoce como objetivos la promoción, respeto y garantías de derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas, “sin importar su condición migratoria”; la libertad de circulación de las personas en situación regular y la aplicación de un procedimiento racional y justo para regulación de los ingresos y permisos de residencia; el deber de respetar y cumplir los tratados internacionales vigentes; la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; la prohibición de discriminación arbitraria; el interés superior del niño, niña y adolescente, y; la integración e inclusión de las personas migrantes.

---

de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), consagra como directrices los principios de no discriminación e igualdad, no devolución, unidad familiar, no revictimización, presunción de inocencia, prontitud y prioridad, beneficio de la duda, confidencialidad, excepcionalidad de la detención, proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la privación de libertad y dignidad en las condiciones de detención y asistencia humanitaria para personas migrantes.

17 La baja participación ciudadana en el debate que se llevó a cabo en pleno contexto pandémico y la regulación de los procesos de visas para ingreso y permanencia en el país fueron apuntados como factores restrictivos de la ley que podrían generar aumento de la irregularidad migratoria. TIJOUX (2020).

Sin embargo, pasados menos de tres años desde su publicación, se han presentado por lo menos veinte y un proyectos de ley que visan su modificación<sup>18</sup>, la mayoría de ellos dirigidos a facilitar los procesos de expulsión y reconducción de extranjeros indocumentados a partir de la flexibilización de

---

18 Boletín N°16340-06, de 02/10/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para regular los medios de impugnación del decreto de expulsión; Boletín N°16265-06, de 04/09/2023 que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para definir el ingreso y egreso ilegal de migrantes y su efecto en la reunificación familiar; Boletín N°16110-06, de 14/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para exigir a los extranjeros la regularización de su situación migratoria como requisito para acceder a beneficios y derechos sociales, culturales y laborales en Chile; Boletín N°16086-06, de 11/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, con el objetivo de perfeccionar la gestión de los procedimientos migratorios que indica; Boletín N°16072-06, de 10/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, y otros cuerpos legales en las materias que indica; Boletín N°16012-06, de 07/07/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para sancionar el incumplimiento de la medida de expulsión por reingreso en los casos que indica; Boletín N°15997-06, de 06/06/2023, para tipificar y sancionar el delito de reingreso ilegal al territorio nacional; Boletín N°15879-06, de 05/05/2023, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para ampliar el plazo de privación de libertad para la materialización de las expulsiones administrativas (publicado); Boletín N°15842-07, de 07/04/2023, modifica el Código procesal penal en materia de prisión preventiva por peligro de fuga, en el caso de extranjeros indocumentados que comentan delitos en territorio nacional; Boletín N°15489-06, de 08/11/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para favorecer los intereses de los nacionales frente a los extranjeros; Boletín N°15482-06, de 27/10/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para restringir el recurso administrativo especial establecido en su artículo 35, en los casos en que indica; Boletín N°15453-06, de 24/10/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, en materia de notificaciones previstas para el procedimiento de expulsión administrativa; Boletín N°15438-06, de 19/10/2022, que modifica la Carta Fundamental en materia de regulación migratoria (publicado); Boletín N°15409-06, de 11/10/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, con el objetivo de agregar formas alternativas de notificación del inicio de los procedimientos administrativos de expulsión (publicado); Boletín N°15408-05, de 11/10/2022 que modifica la ley 18.216 para ampliar las hipótesis de expulsión como pena sustitutiva; Boletín N°15384-06, de 28/09/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, en materia de recurso judicial por expulsión; Boletín N°15294-06, de 19/08/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para permitir la reconducción inmediata de extranjeros detenidos por delito flagrante, en el plazo que indica; Boletín N°15274-15, de 10/08/2022, que modifica el Código Aeronáutico para hacer exigible, por las policías y el Ministerio Público, el listado de pasajeros en el transporte aéreo nacional; Boletín N°15270-06, de 10/08/2022, que modifica la ley 20.931, para ampliar las facultades de control policial para efectos de aplicar medidas establecidas en la ley 21.325, de migración y extranjería (publicada); Boletín N°15261-25, de 05/08/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional; Boletín N°15204-07, de 18/07/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, para establecer una nueva causal de expulsión de extranjeros que sean titulares de un permiso de residencia, condenados en Chile por crimen o

los procedimientos administrativos establecidos legalmente, siendo algunos manifiestamente vulneratorios al debido proceso y otras garantías establecidas por los tratados internacionales vigentes en Chile.

### **3.1 Proyectos de ley en el ámbito del derecho administrativo que vulneran derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales vigentes en Chile**

Los tratados internacionales vigentes en Chile están incorporados al ordenamiento jurídico interno por mandato constitucional teniendo fuerza normativa al menos de ley ordinaria<sup>19</sup>. Además, la teoría del control de convencionalidad ha tenido recepción en la jurisprudencia chilena, pese a las dificultades interpretativas que su extensión y alcance han generado para la doctrina<sup>20</sup>. Es posible afirmar por tanto que el contenido de una ley que contraría las disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos vigentes generaría una evidente antinomia insoportable para nuestro sistema jurídico. En razón de esto, es relevante hacer un inventario del estado de los proyectos de ley actualmente discutidos y los graves conflictos que presentan con otras normas vigentes en nuestro ordenamiento.

En este sentido, a título de ejemplo, el proyecto de ley que “modifica la ley de migración y extranjería definiendo el ingreso y egreso ilegal de migrantes y su efecto en la reunificación familiar” (Boletín N°16265-06) vulnera el principio de unidad o reunificación familiar al pretender prohibirla al extranjero que haya ingresado de forma irregular a Chile. A su vez, el proyecto de ley que establece “la regularización de la calidad migratoria como condición para asegurar el trato igualitario y la obtención de los derechos económicos, sociales, culturales y laborales que otorga el estado de Chile” (Boletín N°16110-06) ignora los postulados básicos, anteriormente señala-

---

simple delito; Boletín N°15203-07, de 15/07/2022, que modifica la ley 21.325, de Migración y Extranjería, con el objeto de facultar al Presidente de la República para decretar la expulsión de los extranjeros condenados por delitos de robo, hurto o alguno de los contenidos en la ley 20.000. 19 ALDUNATE (2010), p. 208.

20 Sobre la discusión en Chile, revisar los trabajos de PAÚL DÍAZ (2019) y de AGUILAR (2013).

dos, de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en evidente atentado contra el principio de igualdad y no discriminación. En el mismo sentido va el proyecto de ley que, bajo el argumento de favorecer los intereses de los nacionales frente a los extranjeros, menoscaba directamente el acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes (Boletín N°15489-06).

El escenario se agrava cuando se analizan los boletines N°15204-07 y N°15203-07, ambos de julio de 2022, que pretenden ampliar las causales de expulsión administrativas y el N°15482-06 y N°15453-06 cuyo objetivo es restringir el acceso a los recursos administrativos en caso de expulsión y flexibilizar las formas de notificación de su resolución. El primero de los boletines citados se destaca por crear una nueva causal de expulsión para residentes regulares que sean condenados por crímenes o simple delito, fundada en tres argumentos que carecen de razonabilidad o comprobación científica: i) los extranjeros privados de libertad son responsables por la sobrepoblación carcelaria en Chile; ii) los extranjeros organizados practican extorsión contra los detenidos chilenos primerizos; iii) “quienes cuenten con antecedentes penales, de ser reconducidos a su país de origen, podrán rehacer sus proyectos de vida o encontrar nuevas oportunidades laborales formales que permitan su reinserción social, lo cual no hace más que justificar que las medidas de expulsión se fundamentan igualmente en razones humanitarias”.

Respecto a los dos últimos boletines mencionados, es necesario señalar que la restricción al recurso administrativo y la flexibilización de las formas de notificación pueden significar la violación a las garantías procesales mínimas para el caso de expulsión, a saber, el derecho a información expresa y formal de los motivos de la expulsión y el derecho que tiene la persona migrante de exponer sus razones junto a la autoridad competente y oponerse a los cargos en su contra.

Finalmente, en el contexto de las medidas extremas en el ámbito administrativo se encuentra el proyecto de ley que pretende modificar los artículos 128 y 131 de la Ley de Migración y Extranjería para permitir la reconducción inmediata a extranjeros detenidos por comisión de delito flagrante en Chile (Boletín N°15294). Se trata de una propuesta que vulnera al mismo tiempo el principio de proporcionalidad, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, ya que impone una medida extrema para delitos de muy distintas gravedades, ignora cualquier posibilidad de que la flagrancia pueda haber sido obtenida, por ejemplo, de forma ilegal, además de restringir expresamente el acceso al recurso pertinente<sup>21</sup>. De hecho, es notable en la fundamentación del proyecto el sesgo xenófobo con el que se afirma que “sin duda alguna la inmigración – ya sea legal o ilegal – ha sido uno de los principales problemas que ha tenido nuestro país en el último tiempo. Por ejemplo, al 31 de diciembre de 2020 los extranjeros alcanzaban el millón cuatrocientos sesenta y dos mil personas extranjeras en nuestro país”.

### 3.2 Proyectos de ley con incidencia en el ámbito penal y procesal penal

En el ámbito penal, llama poderosa atención el proyecto de ley que propone volver tipificar el delito de ingreso clandestino en territorio nacional (Boletín N°15261-25) que implicaría la derogación del mandato de no criminalización del artículo 9 de la ley de Migración cuando dispone que “la migración irregular no es constitutiva de delito”. En la fundamentación del proyecto se verifican afirmaciones carentes de base científica o erróneas que relacionan el aumento de la criminalidad en el país directamente con la migración irregular, ignorando que el crecimiento de las tasas de criminalidad es un fenómeno multifactorial y más complejo. A eso se suman otros dos proyectos de ley (boletines 15997-06 y 16012-06) que procuran crear nuevos

---

21 “Artículo segundo: Reemplácese el inciso séptimo del artículo 131 de la de la ley de Extranjería y Migración por el siguiente: *Con todo, la autoridad competente podrá disponer la medida de devolución inmediata de los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la perpetración de un crimen o simple delito, dentro de los 12 primeros meses contados una vez que se haya ingresado al país, los cuales podrán recurrir contra dicha medida, sólo en la forma indicada en el inciso cuarto del presente artículo.*”

tipos penales para sancionar el reingreso irregular impidiendo, además, en el primer caso, el reingreso al país por el período de 25 años, y en el segundo, la aplicación de las penas sustitutivas de la ley 18.216.

También a propósito de la ley 18.216, se encuentra el proyecto de ley que visa su modificación para ampliar las hipótesis de expulsión como pena sustitutiva (Boletín 15408-25), eliminando la restricción para acceso a la pena sustitutiva de expulsión de los delitos cometidos con infracción de la ley 20.000 y de los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas establecidas en el art. 34 de la ley 18.216, bajo determinados requisitos. Las dudas que recaen sobre la expulsión con pena sustitutiva y su dudoso carácter preventivo especial son indicativos de su función meramente inocuidadora e instrumental de una política de expulsión masiva de extranjeros que se encuentran en condición irregular, pero también en este caso, en la hipótesis de que se apruebe el proyecto de ley, de residentes regulares en el país, previo informe del Servicio Nacional de Migración y Extranjería que deberá evaluar su conveniencia<sup>22</sup>.

Finalmente, en materia procesal penal se puede apreciar el proyecto de ley “que modifica el Código procesal penal en materia de prisión preventiva por peligro de fuga, en el caso de extranjeros indocumentados que comentan delitos en territorio nacional” (Boletín 15842-07, de 17 de abril de 2023) visa la incorporación de un artículo 140 bis para presumir peligro de fuga toda vez que el imputado no cuente con un documento de identidad válido<sup>23</sup>. Dos son los factores evidentemente criticables de la propuesta de ley: el primero es la impertinencia de adoptar un criterio peligrosista al presumir peligro de fuga por la falta de determinado documento de identidad, lo que podría generar absurdos como, por ejemplo, la prisión preventiva de una persona indocumentada solicitante de refugio, o de un inmigrante irregular

---

22 En términos semejantes se llevó a cabo la reforma introducida por la LO 11/2003 en España. Ya aquella altura se denunciaba el uso de la medida de expulsión para “reducir la alta población extranjera en las prisiones españolas”. LAURENZO (2004).

23 El proyecto indica expresamente los siguientes documentos: Documento Nacional de Identidad, Pasaporte o Rol Único Nacional Provisorio.

que contase solamente con su registro de nacimiento; el segundo consiste en la instrumentalización de la prisión preventiva para fines que le son ajenos, pues se transformaría en mecanismo sancionador de la migración irregular, sin mencionar la degeneración de su carácter de medida cautelar de *ultima ratio*.

De esa verdadera marea de proyectos de ley, ya se encuentra publicada la ley 21.567, que amplía las facultades de control policial preventivo a extranjeros indocumentados, y la ley 21.590, que modificó la ley 21.325 para ampliar el plazo de detención para la materialización de las expulsiones administrativas de cuarenta y ocho horas para cinco días corridos. A ello, se suma en la esfera administrativa el polémico oficio 298 de 2023 del fiscal nacional, conocido como “criterio valencia”, que instruye a los fiscales del país a solicitar la medida cautelar de prisión preventiva “a todos aquellos casos de imputados por cualquier clase de delito que fueran pasados a audiencia de control de detención” cuando no cuenten con un documento identificatorio chileno.

Son muchas las críticas pertinentes que se hacen al control de identidad preventivo. Desde la perspectiva de la eficacia, se apunta su baja capacidad para prevenir delitos, además de prácticas discriminatorias graves en su ejecución<sup>24</sup>. La modificación introducida por la ley 21.567 desvirtúa la ya desprestigiada función del control de identidad preventivo para prevenir delitos, convirtiéndose en verdad en una forma de detención para proceder al empadronamiento del inmigrante irregular, o para generar la notificación que agilizará su proceso de expulsión. En la medida en que se trata de un arresto sin necesidad de invocar indicio alguno de actividad delictiva, en la

---

24 En reportaje publicada en CIPER, se presentaron datos recogidos por el Monitor de Seguridad del Centro de Pensamiento Chile que revelaron de las 5.658.094 fiscalizaciones realizadas en el año 2020, solo 114.365 derivaron en una detención, es decir, el 2,02% de la muestra total. El estudio mostró también que las comunas con menores ingresos registraron un número bastante más elevado de controles de identidad que de aquellas cuya población posee los ingresos más elevados, pudiendo indicar un uso discriminatorio de la medida. Finalmente, el hallazgo más preocupante del reportaje derivó de datos entregados por el abogado Mauricio Duce, de la Universidad Diego Portales, sobre la realización de controles de identidades a un gran número de menores de edad, pese a su expresa prohibición en el art. 12 de la Ley 20.931. MIRANDA y PÉREZ (2021). En el mismo sentido, DUCE y LILLO (2020).

práctica se podrá utilizar la medida para detener, trasladar y ponerla a disposición de la Policía de Investigaciones a una persona que, incluso estando identificada con su pasaporte, por ejemplo, simplemente no se encuentra en situación migratoria regular.

### **3.3 La relación entre la política penal de emergencia y la criminalización de la inmigración**

Heredada de literatura italiana, el término “política penal de emergencia” ganó fuerza en Latinoamérica en el contexto de la ideología de la seguridad nacional en los años 60 y 70 del siglo pasado, pese a que en países como Perú y Colombia remonta a décadas anteriores por razones de contingencias políticas específicas de aquellos estados<sup>25</sup>. Se trata de un conjunto de modificaciones legales en el ámbito del derecho penal, derecho procesal penal e incluso de ejecución penal que visan a incrementar la persecución penal a costa de la flexibilización de las garantías individuales. Las reformas legales anteriormente mencionadas reflejan dos signos claros de esa tendencia ideológica de persecución del enemigo: i) la administrativización del procedimiento penal a través del aumento de las facultades de la policía y del Ministerio Público y; ii) la expansión de la detención preventiva, que pierde su contorno de medida excepcional para acercarse más a un mecanismo de anticipación de pena; se evidencian la persecución de fines retributivos o preventivos, que le son ajenos<sup>26</sup>.

De hecho, en Chile se ha registrado un aumento extraordinario de la población carcelaria, que se debe, principalmente, según declaró el actual ministro de justicia, al incremento del uso de la prisión preventiva. La información es corroborada por los datos de Gendarmería de Chile que apuntan a un crecimiento sostenido del número de reos en esta condición, representando hoy el porcentual de 38% del total de la población carcelaria<sup>27</sup> (actualmen-

---

25 APONTE (2001), p. 251; PRADO (1990), p. 26.

26 PRADO, (1990), p. 27.

27 Estadística General Penitenciaria, de Gendarmería de Chile de fecha de 31 de marzo de 2024.

te, 57.872 personas). Del número total de reclusos, 14% son extranjeros, número superior a la media histórica de los últimos años en Chile, que no sobrepasaba los 10% del total. Preguntado sobre las razones que explican aumento del número de personas en prisión preventiva, el ministro lo atribuyó a la mayor ocurrencia de delitos violentos, a las recientes modificaciones legales y al hecho de que los jueces están más proclives al otorgamiento de esta medida cautelar.

En relación con la primera razón señalada, efectivamente se registra un crecimiento en el número de homicidios por 100 mil habitantes y, pese a que esas tasas en Chile aún son unas de las más bajas en el continente, llama la atención su incremento en las regiones de Antofagasta, Tarapacá, Arica y Parinacota, como también el aumento del número de víctimas y victimarios de nacionalidad extranjera<sup>28</sup>. Sin embargo, esas cifras son leídas por la prensa chilena sin mayores desgloses: por ejemplo, las estadísticas de Gendarmería de Chile registran el número de “extranjeros” privados de libertad, pero no se sabe cuántas de esas personas son migrantes, cual es la representatividad de población flotante en las regiones fronterizas, ni de las personas que están solamente de paso por el país; tampoco se hace un análisis más cuidadoso sobre la relación entre el número de personas extranjeras que ingresan al sistema carcelario y el número total de personas migrantes en Chile, el cuál se ha incrementado considerablemente, bordeando los 1,7 millones de personas, según la última encuesta Casen<sup>29</sup>, evidenciando que las personas extranjeras privadas de libertad representan cerca de 2% del total de inmigrantes que se encuentran en el país.

---

28 Conforme datos del “Primer Informe Nacional de Homicidios Consumados. Una visión integrada e institucional. 2018-2022”, la media nacional de homicidios es de 6,7 para cada 100.000 habitantes, siendo que en Antofagasta este número llega a 7,4, en Tarapacá a 13,5 y en Arica y Parinacota a 17,1. A su vez, en el período comprendido entre 2018 y 2022 las víctimas de homicidio de nacionalidad extranjera aumentaron de 3,5% a 13,1% y los victimarios de nacionalidad extranjera pasaron de un 5,7% a 17,2% en el mismo período.

29 La encuesta Casen es el instrumento oficial para la medición de la pobreza por ingresos y pobreza multidimensional en el país, con representatividad nacional y regional. “Casen e inmigración: extranjeros suman 1,7 millones y muestran mayores niveles de pobreza” (2023).

Pese a la precariedad de estudios criminológicos sobre los datos anteriormente señalados, existe un claro impacto de esos números en la percepción ciudadana sobre la migración y la delincuencia, fenómenos que aparecen como hechos nuevos, extraordinarios y asociados sin mayor investigación científica al respecto. Además, se simplifica la explicación sobre el incremento de la criminalidad organizada y se justifica para la opinión pública la tomada de medidas excepcionales para frenar la inmigración irregular y la delincuencia a que está supuestamente vinculada<sup>30</sup>.

En relación con la segunda razón identificada por el ministro Cordero, las reiteradas alteraciones legislativas son justamente el objeto de nuestra reflexión, pero en un sentido distinto de la que parece indicar la autoridad de gobierno. En nuestro parecer, las reformas recientes a las que nos referimos anteriormente revelan la instrumentalización del sistema penal y su manipulación por el discurso político resultando en una verdadera deformación de lo que serían los fines legítimos de una política migratoria integradora. Esa pérdida de rumbo genera espacio para los discursos de odio y la xenofobia. De hecho, según la encuesta CEP de julio de 2023, el 49% de los chilenos consideran que la inmigración irregular es la principal causa de la delincuencia<sup>31</sup>. Crece la empatía con el discurso de endurecimiento de las medidas de naturaleza penal por sobre el de respeto a los derechos humanos generando terreno fértil a la idea de que “las cosas no pueden ser manejadas de otra manera que con la sumisión del irredento. Todo lo demás pertenece a la sofistería de autoproclamados especialistas, personas que han consagrado su vida al estudio del problema penal, pero a las que la mentalidad autoritaria combate como alimañas”<sup>32</sup>.

---

30 Rescatable la lección de Elisa García cuando afirma que “etiquetar a los migrantes como ‘extranjeros delincuentes’ eclipsa las complicadas experiencias que hacen que la gente emigre o los fuertes lazos que desarrollan en el país de acogida. Del mismo modo, la etiqueta “extranjero delincuente” oculta las crisis personales que a menudo llevan a las personas a violar la ley, o el perfil racial que conduce a los arrestos desproporcionados de los inmigrantes”. GARCÍA (2017), p. 2.

31 Centro de Estudios Públicos (2023).

32 GUZMÁN (2019), p. 622.

Con este escenario, tal como ocurre en otros países, el endurecimiento de la respuesta penal es el mecanismo de mayor impacto mediático y simbólico para responder al “problema” de la migración irregular y la figura de la expulsión acaba siendo fagocitada por el discurso penal como forma alternativa de “solución de conflictos” ratificando la tesis de Stumpf sobre el fenómeno de fusión entre el derecho penal y el derecho migratorio, denominado en su momento como *crimigration*<sup>33</sup>. La narrativa, en nuestro parecer, también contamina la apreciación del juez quien, conforme señala Fernández, el discurso político criminal crea representaciones sociales y estereotipos a través de estrategias cognitivas que impactan las percepciones sobre un determinado fenómeno.

En un estudio realizado entre los años de 2012 a 2017 ya se registraba en Chile una tendencia al incremento de las expulsiones judiciales en relación con las administrativas que, pese a computar mayor incidencia, mostraba una retracción, mientras que la primeras ya aparecían en aumento sostenido probablemente, según los autores, para contribuir a la disminución de la población carcelaria<sup>34</sup>. De hecho, el mensaje presidencial que acompaña el proyecto de ley para ampliar las hipótesis de expulsión como pena sustitutiva de 2022 es categórica en destacar el agravamiento de la situación carcelaria en el norte del país generada por inmigrantes como antecedentes que fundamentan la propuesta de cambio legislativo. La supuesta utilidad de la medida, sin embargo, esconde una ambivalente realidad: la expulsión en esas circunstancias puede significar una pena desproporcionadamente afflictiva para un extranjero que a pesar de su situación irregular ya se encuentra con arraigo en el país y, al revés, para el extranjero que viene al país con la finalidad de delinquir consistiría en una medida inocua, sin cualquier efecto sancionatorio<sup>35</sup>, amén de configurar evidente vulneración al principio

---

33 STUMPF (2006), pp. 367-419.

34 BRANDARIZ et al. (2018), p. 759.

35 MARTÍNEZ (2009), p. 20.

de igualdad pues consiste en un trato “más beneficioso” al extranjero al que un nacional no podría acceder, más allá de que en la práctica vaya existir capacidad logística suficiente para ejecutar dichas expulsiones.

#### **4. ¿QUÉ DICEN (Y QUÉ OMITEN) LOS NÚMEROS SOBRE LA INMIGRACIÓN EN CHILE?**

Ya en el año 2021, el Servicio Jesuita Migrantes realizó un estudio concluyendo que incremento de la pobreza de la población migrante estaba principalmente relacionado con la menor presencia de redes de apoyo institucionales y las condiciones en que vivían esas personas en el norte grande de Chile. Las mujeres, los habitantes del norte grande, las personas que provienen de Centroamérica y países andinos y sobre todos los NNA fueron apuntados como los más vulnerables y necesitados de atención de las políticas públicas<sup>36</sup>.

En la encuesta de 2023, el indicador más llamativo es el de medición del promedio de los ingresos del trabajo: si durante el año 2013 la población inmigrante exhibía mayores ingresos del trabajo en comparación con la población no inmigrante, esta relación se invirtió a partir del año 2022, pese a que los niveles de educación y participación laboral continúan siendo más altos en comparación con las personas no migrantes. Esos números sugieren que la población migrante no se está empleando en trabajos formales y acordes a su nivel educacional. El estudio afirma que “es fundamental actualizar normas como la que establece un límite para la contratación de extranjeros de un 15% y facilitar trámites administrativos (RUT, permisos laborales, convalidación de títulos) de quienes ingresan al país de manera regular”, pero también defiende un actuar “firme” en el control de fronteras y un plan

---

36 SJM (2021).

efectivo de expulsiones de extranjeros que ingresan de forma irregular, así a secas, revelando una cierta tendencia a criminalización de esa población que aparece relacionada con la *sensación* de inseguridad de la población<sup>37</sup>.

Además, es importante observar que no existen estudios serios que revelen quiénes son los inmigrantes indocumentados en Chile, y a pesar de que los niveles de educación de la población migrante en general pueden ser fuertes indicadores de que existe un número contundente de trabajadores cualificados entre los inmigrantes en situación irregular, la encuesta sólo recomienda, sin mayor reflexión, que se establezca una política de expulsión masiva (sin utilizar este término, por cierto) de inmigrantes irregulares.

En este sentido, hace falta un estudio profundizado sobre la burocracia de los procesos de regularización en Chile y su impacto en la indocumentación de la población migrante. Más allá de afirmaciones genéricas o de efecto mediático<sup>38</sup> y algunos estudios puntuales de bias académico<sup>39</sup>, no hay indicadores reales de los nudos y obstáculos enfrentados por las personas migrantes para la obtención de una visa o la regularización de su situación migratoria en Chile.

En términos normativos, hasta el año 2021 la discusión se entrampaba entre el enfoque centrado en la protección de los derechos humanos y la visión instrumental, centrada en el crecimiento económico y la selectividad migratoria<sup>40</sup>, y con la promulgación de la ley 21.325, conforme advirtió el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su momento, pese a que se creó una nueva institucionalidad con vistas a fortalecer el aparato estatal para atender la creciente demanda migratoria, no se introdujeron cambios

---

37 La encuesta cita datos de la última encuesta CEP que indica que 49% de los chilenos considera que la inmigración irregular es la principal causa de la delincuencia.

38 “O se regularizan o se van”: la frase de Boric que hizo ruido en la organizaciones pro migrantes reabrió el debate sobre la política nacional. Materia periodística de autoría de María Luisa Cisternas, publicada en 14 de octubre de 2022, en Diario Uchile.

39 Es el caso del análisis del proceso de regulación migratoria extraordinaria realizado entre los años de 2018 y 2019 realizado por Pilar Valencia y Romina Ramos. VALENCIA y RAMOS (2021).

40 Biblioteca del Congreso Nacional (2022), s/p.

significativos capaces de generar un modelo administrativo adecuado para enfrentar el incremento del flujo migratorio<sup>41</sup> y, en cierta medida, incluso entorpeció el proceso porque limitó mucho la posibilidad de cambio de estatus migratorio dentro del país, no se instituyó un sistema de entrega de permisos de trabajo eficiente, capaz de disminuir los tiempos de espera, tampoco se implementó un proceso de regularización de trabajadores temporales para evitar abusos contra esa población<sup>42</sup>.

A su vez, el proceso de empadronamiento biométrico establecido a través de la Resolución Exenta N°25.425 del Servicio Nacional de Migraciones (SerMig) fue correctamente criticado por su falta de transparencia y compatibilidad con un sistema democrático respetuoso de la dignidad humana. Conforme explicó Stang, “el proceso de Empadronamiento biométrico para registrar e identificar a las personas extranjeras que hayan ingresado al país por paso no habilitado o eludiendo el control migratorio y se encuentre en el territorio nacional de manera irregular” no logró explicar a los destinatarios de la norma cuál sería el destino de la entrega de sus datos personales, más allá de afirmar un propósito genérico de evaluar, diseñar y ejecutar políticas públicas en materia migratoria<sup>43</sup> y la preocupación por aclarar que “esto no es un proceso de regularización masiva”<sup>44</sup>. El discurso eminentemente securitista, más allá de tener la finalidad política de no inflamar los ánimos de la oposición, puede impactar en el número de personas que participa voluntariamente del proceso<sup>45</sup> y el éxito de la medida que, sin embargo, es difícil dimensionar en razón de la falta de cifras oficiales que arrojen luces sobre el número de migrantes en situación irregular en Chile<sup>46</sup>.

---

41 INDH (2018), s/p.

42 Biblioteca del Congreso Nacional (2022), s/p.

43 STANG (2023).

44 Conforme explicación del subsecretario del interior Manuel Monsalve, de 12/07/2023.

45 La última información entregada por el Ministerio del Interior es de noviembre de 2023 da cuenta de 194 mil personas inscritas y 105 mil personas empadronadas.

46 En este sentido, la columna escrita por Pablo Roessler y Carlos Figueroa a CIPER en septiembre de 2021 ponía en jaque las afirmaciones de las autoridades sobre la disminución del número de migrantes irregulares en Chile y apuntaban las inconsistencias del discurso político a aquella altura. ROESSLER y FIGUEROA (2021). Por otro lado, la última encuesta Casen apunta un incremento, en promedio, de 200 mil personas al año que ingresan a Chile.

## **5. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES COMO RESULTADO DE LA *CRIMIGRATION***

El análisis del discurso político actual y la agenda legislativa en materia migratoria revelan claramente una tendencia a la criminalización de la población migrante en Chile, es especial el contingente humano indocumentado. Esa constatación deriva del estudio de los diversos proyectos de ley actualmente en tramitación sobre la materia, asimismo aquellos que ya se materializaron en leyes vigentes, como se ha visto. Así, se pudo demostrar que los avances logrados con la publicación de la ley 21.325 corren riesgo de desaparición y es preocupante el peligro de afectación de derechos fundamentales consagrados en la normativa internacional a que Chile está vinculado por fuerza del mandato del inciso 2°, del art. 5 del texto constitucional.

En que pese la falta de previsión expresa sobre un derecho a migrar, los estándares de derechos humanos establecidos en los principales tratados internacionales sobre la materia consagran el principio de igualdad y no discriminación para prohibir distinciones arbitrarias entre personas migrantes en situación regular e irregular, previendo para esos últimos un catálogo mínimo de derechos fundamentales que deben ser respetados, especialmente aquellos de corte social, el derecho al debido proceso y garantías procesales mínimas en caso de expulsión, derecho a la unidad familiar y, en material penal, el mandato de no criminalización aparece como punto de partida, pero también como límite para establecimiento de políticas migratorias.

Sin embargo, en los últimos tres años se registran diversas iniciativas legislativas que visan modificar la ley 21.325 para ampliar y flexibilizar las reglas sobre expulsión, restringir derechos sociales de las personas migrantes y apuntan directamente a la criminalización de la inmigración irregular como, por ejemplo, el proyecto de ley que busca la reconducción inmediata de extranjeros detenidos en circunstancia de flagrancia de delito independiente de su gravedad, cuyo tenor viola los principios de proporcionalidad, la pre-

sunción de inocencia y el derecho al debido proceso. A esta propuesta, solo para citar las más llamativas, se suman aquellas que directamente apuntan a la derogación del art. 9 de la ley 21.325 que prohíbe la criminalización de la migración irregular, las que sugieren la tipificación del reingreso irregular al país y las que amplían la polémica pena de expulsión judicial.

En el ámbito procesal penal el signo más evidente de profundización del proceso de criminalización de la inmigración irregular son las propuestas y cambios presentados en ámbito de la medida cautelar de prisión preventiva, asimismo del control de identidad preventivo. Hay un signo evidente de utilización desproporcionada e instrumental de esas medidas para efecto de neutralización y aceleramiento de los procesos de expulsión de migrantes indocumentados.

Este trabajo quiere evidenciar que el escenario jurídico actual de desmonte de la ley 21.325 no atiende a criterios técnicos, en diversas ocasiones colisiona con principios orientadores de una política migratoria respetuosa de los derechos humanos y está fundado en un discurso político autoritario que busca simplificar la respuesta que se debe dar a un fenómeno tan complejo y multifactorial, como es el fenómeno del aumento de ciertas formas de delincuencia en el país. Frente a la emergencia, el discurso punitivo encuentra fuerte adherencia social y con ella la necesaria licencia para socavar derechos y garantías fundamentales arduamente conquistadas, sin que exista cualquier evidencia de que eso signifique a corto, medio o largo plazo, la disminución de las tasas de criminalidad que se persigue alcanzar.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2013): “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”, en: Revista Direito GV (Vol. 18, N°2), pp. 721-754. Disponible en <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QsBgzSnDbDV-dcN75W4C8Dvx/> [Fecha de última consulta: 07.12.2023].

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en: Revista Ius et Praxis (Vol. 16, N°2), pp. 185-210. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art07.pdf> [Fecha de última consulta: 30.11.2023].

APONTE, Alejandro (2001): “Derecho Penal de enemigo vs Derecho Penal del ciudadano.: El Derecho Penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra”, en: Revista De Derecho Coquimbo (N°8), pp. 251-273. Disponible en <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2186> [Fecha de última consulta: 11.12.2023].

BRANDARIZ, José; DUFRAIX, Roberto; QUINTEROS, Daniel (2018): “La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?”, en: Política Criminal (Vol. 13, N°26), pp. 739-770. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00739.pdf> [Fecha de última consulta: 11.12.2023].

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2023): Encuesta N°89, junio-julio 2023. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/encuesta/encuesta-cep-n-89/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

CISTERNAS, María (2022): “O se regularizan o se van”: la frase de Boric que hizo ruido en la organizaciones pro migrantes reabrió el debate sobre la política nacional, en: DiarioUchile. Disponible en <https://radio.uchile>.

cl/2022/10/14/o-se-regularizan-o-se-van-la-frase-de-boric-que-hizo-ruido-en-las-organizaciones-pro-migrantes-y-reabrio-el-debate-sobre-la-politica-nacional/ [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm> [Fecha de última consulta: 22.12.2023].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003): Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> [Fecha de última consulta: 22.12.2023].

DOMENECH, Eduardo (2008): La ciudadanía de la política migratoria en la región sudamericana: vicisitudes de la agenda global, en *Las migraciones en América Latina. Políticas, culturas y estrategias*, (Argentina, Catálogos/CLACSO).

DOMENECH, Eduardo (2015): “Inmigración, Anarquismo y Deportación: la criminalización de los extranjeros “indeseables” en tiempos de las “grandes migraciones”, en: REMHU, *Revista interdisciplinaria de Movilidad Humana* (Vol. 23, N°45), pp. 169-196. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407043483009.pdf> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

DUCE, Mauricio, LILLO, Ricardo (2020): “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, en: *Revista De Estudios De La Justicia* (N°33), pp. 167–203. Disponible en <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.57635> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

FEDDERSEN, Mayra, PASCAL, Tomás y RODRÍGUEZ-ATERO, Macarena (2022): El derecho humano a migrar en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 49, N°2), pp. 43-70. Disponible en <https://dx.doi.org/10.7764/r.492.3> [Fecha de última consulta: 02.04.2024].

FERNÁNDEZ, José Angel (2012): El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva, en *Revista de Derecho* (Coquimbo), (Vol. 20, N°2), pp. 327-350.

GARCÍA, Lila (2016): “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, en: *Colombia Internacional*, (N°88), pp. 107-133.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2017): “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC (N°19-15), pp. 1-28.

GENDARMERÍA DE CHILE (2024): Estadística General Penitenciaria de 31 de marzo de 2024. Disponible en: [https://www.gendarmeria.gob.cl/est\\_general.html](https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html) [Fecha de última consulta: 02.04.2024].

GUZMÁN, José Luis (2019): “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”, en: *Política Criminal* (Vol. 14, N°27), pp. 606-635.

HINES, Barbara (2012): “El derecho a migrar como un derecho humano: la actual ley inmigratoria argentina”, en: *Revista Derecho Público* (Vol. 1, N°2), pp. 209-344.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018): Informe sobre Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) y las Indicaciones presentadas. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/12f4e442-5878-45f4-869a-9f4c914ad6ca/content> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

LAURENZO, Patricia (2004): “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en: *Jueces para la Democracia* (N°50), pp. 30-35.

LEÓN, Arturo (2023): “Casen e inmigración: extranjeros suman 1,7 millones y muestran mayores niveles de pobreza”, en: *La Tercera*. Disponible <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/casen-e-inmigracion-extranjeros-suman-17-millones-y-muestran-mayores-niveles-de-pobreza/HVVDQE2CD-JBGJGT5WIBOM5YG3A/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2009): “Inmigración, Derecho Humanos y Política Criminal: ¿hasta dónde estamos dispuesto a llegar?”, en: *InDret Penal* (N°4), pp. 1-45.

MERCOSUR/RMI (2004): Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios del Mercosur, Acta N°01/08. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9083.pdf?view=1> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

MIRANDA, Benjamín; PÉREZ, Graciela (2021): “Control preventivo: cuando la política pública va contra la evidencia”, en: CIPER. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/02/09/control-preventivo-de-identidad-cuando-la-politica-publica-va-contra-la-evidencia/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

PAREJA, Paula; NAVARRETE, Esperanza (12.10.2023). Más de 54 mil personas privadas de libertad en Chile: Cordero afirma que capacidad de las cárceles superó el umbral pronosticado para el 2024. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/mas-de-54-mil-personas-privadas-de-libertad-en-chile-cordero-afirma-que-capacidad-de-las-carceles-supero-el-umbral-pronosticado-para-el-2024/BH3WIUDFDFBSXDPLQK55B2K44U/#> [Fecha de última consulta: 03.04.2024].

PAÚL DÍAZ, Álvaro. (2019): “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: Las únicas versiones aceptables de esta doctrina”, en: Revista de derecho (Concepción) (Vol. 87, N°246), pp. 49-82.

POLICÍA DE INVESTIGACIONES (2023): “Comienza fase presencial de Empadronamiento Biométrico”, en: Noticias PDI Chile. Disponible en <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2023/07/12/comienza-fase-presencial-de-empadronamiento-biom%C3%A9trico> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

PRADO SALDARRIAGA, Víctor (1990): “La política penal de emergencia: función y efectos”, en: Derecho & Sociedad (N°2), pp. 26-30.

RIVERA, Felipe (2022): “Estado de situación de la Migración en Chile: minuta realizada dentro del contexto de la Diplomacia Parlamentaria para un encuentro parlamentario en Rumania y Hungría”, en: Serie Minuta (N°57-22). Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33618/1/Minuta\\_Estado\\_de\\_situacion\\_de\\_la\\_Migracion\\_en\\_Chile.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33618/1/Minuta_Estado_de_situacion_de_la_Migracion_en_Chile.pdf) [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

ROESSLER, Pablo; FIGUEROA, Carlos (2021): “Disminución de irregularidad migratoria: un discurso oficial sin cifras”, en: CIPER. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2021/09/06/disminucion-de-irregularidad-migratoria-un-discurso-oficial-sin-cifras/> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2021): “Casen y Migración: una caracterización de la pobreza, el trabajo y la seguridad social en la población migrante (Informe n. 1)”. Disponible en [https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2021/10/Informe-CASEN\\_compressed-2.pdf](https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2021/10/Informe-CASEN_compressed-2.pdf) [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

STANG, Fernanda (2023). “El control por el control, una frontera peligrosa para la democracia”, en: El Desconcierto. Disponible en <https://www.eldesconcierto.cl/opinion/2023/06/20/el-control-por-el-control-una-frontera-peligrosa-para-la-democracia.html> [Fecha de última consulta: 25.12.2023].

STUMPF, Juliet (2006): “The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”, en: American University Law Review (Vol. 56, N°2), pp. 367-419.

TIJOUX, María Emilia (2020): “Proyecto de Ley de Migración y Extranjería: más control de fronteras y desprotección de la vulnerabilidad”, en: El Mostrador. Disponible en <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/05/19/proyecto-de-ley-de-migracion-y-extranjeria-mas-control-de-fronteras-y-desproteccion-de-la-vulnerabilidad/> [Fecha de última consulta: 22.12.2023].

VALENCIA, Pilar; RAMOS, Romina. (2021): “Análisis crítico del proceso de (des)regulación migratoria extraordinaria en Chile (2018-2019)”, en: Diálogo andino (N°66), pp. 399-417.

**NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Boletín Oficial del Estado, N°15203-07, de 15 de julio de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15204-07, de 18 de julio de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15261-25, de 5 de agosto de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15274-15, de 10 de agosto de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15294-06, de 19 de agosto de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15384-06, de 28 de septiembre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15408-05, de 11 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15409-06, de 11 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15438-06, de 19 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15453-06, de 24 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15482-06, de 27 de octubre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15489-06, de 8 de noviembre de 2022.

Boletín Oficial del Estado, N°15842-07, de 7 de abril de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°15879-06, de 5 de mayo de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°15997-06, de 6 de junio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16012-06, de 7 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16072-06, de 10 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16086-06, de 11 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16110-06, de 14 de julio de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16265-06, de 4 de septiembre de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N°16340-06, de 2 de octubre de 2023.

Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Decreto Ley 1094/1975, establece normas sobre extranjeros en Chile, 14 de julio de 1975.

Ley 22.439/1981, ley general de migraciones y de fomento de la inmigración, Argentina, 16 de marzo de 1981.

Ley 8.615/1980, define la situación jurídica del extranjero en Brasil y crea el Consejo Nacional de Inmigración, Brasil, 19 de agosto de 1980.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, NNA, Comunidades y Pueblos indígenas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

las de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de febrero de 2012, “caso Hirsi Jamaa vs. Italia”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de marzo de 2012, “caso Benito Tide y otros contra República Dominicana”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de octubre de 2012, “caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones, y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de agosto de 2014, “caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”.