

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Quintana, señora Vodanovic, y señores Durana, Flores y Ossandón, que modifica el Código Penal, para considerar como circunstancia agravante el ingreso clandestino al país.

Los fenómenos migratorios han sido una verdadera constante en la historia de la humanidad.

Desde luego, y por definición la migración fue -y en algunos casos hasta hoy- la característica identitaria de los pueblos *nómades*, pero contra definición fue también la característica de muchos pueblos *sedentarios*, quienes no obstante su voluntad de permanecer en un determinado territorio, se vieron muchas veces en la necesidad de migrar de sus asentamientos en busca de mejores condiciones de vida, forzados por circunstancias climáticas, geográficas, religiosas, económicas o políticas, entre otras; todas ellas con distintos grados de injerencia conforme el desarrollo y complejidad de las diferentes sociedades.

La migración, como fenómeno histórico del poblamiento humano, que en principio respondía a desplazamientos sin mayores consecuencias, como no fuera la conquista o disputa por un determinado territorio, fue complejizándose en la medida que las sociedades fueron adoptando formas de organización y de gobierno más complejas.

Hay momentos en nuestra historia universal en que la migración obedeció a verdaderas políticas públicas (si se permite la expresión) como ocurrió con el poblamiento de América, a partir del históricamente denominado "descubrimiento", en que las entonces potencias de España, Portugal e Inglaterra, decidieron migrar a cientos de miles de nacionales a los nuevos territorios, o como ocurrió también en el caso de los protectorados en territorios africanos.

La historia chilena de los Siglos XIX y XX tiene también fenómenos migratorios que responden a una necesidad pública de poblamiento de ciertos territorios, con colonias italianas, alemanas y yugoeslavas, entre otras.

La creación de los Estados modernos del siglo XVIII, por su parte, que incorporó el estatuto jurídico de las nacionalidades, importó la creación y desarrollo de un complejo entramado de normas a partir de los ordenamientos nacionales, que vinieron a definir jurídicamente las nociones de nacionales y extranjeros.

El Siglo XXI no es una excepción a esta constante migratoria de nuestra historia universal y, por el contrario, a partir de diferentes circunstancias se ha posicionado como una preocupación de primera prioridad, a nivel global.

En las Américas, con Chile hasta hace poco tiempo como una excepción, el fenómeno migratorio ha estado presente desde hace decenas de años, y lo ha estado desde diferentes perspectivas, si se considera que existen países de centroamérica en que parte importante de los ingresos de la economía nacional son consecuencia de las remesas que reciben de sus emigrantes desde Estados Unidos, por ejemplo.

Si bien Chile se había mantenido aislado al fenómeno, éste fue objeto de análisis y preocupación de un estadista en particular, quien nos ha hecho ver que el tamaño de nuestra población, asociada a la tasa de natalidad de pirámide invertida, es un factor que juega en contra de nuestro desarrollo económico, planteándonos, en consecuencia, la necesidad de abordar la inmigración hacia Chile como un desafío de futuro. Las observaciones corresponden a don Ricardo Lagos Escobar.

También durante la Dictadura cívico- militar encabezada por Augusto Pinochet, la migración fue objeto, no ya de preocupación, sino derechamente de criminalización, por la vía del Decreto Ley 1094 de julio de 1975, que en su artículo 69 tipificó como delito el ingreso clandestino a Chile, en una decisión cuyos antecedentes se desconocen -por la falta de actas- pero que sin dudas responde a una clara lógica de control político de la Dictadura, que por esa vía trataba de evitar el ingreso de apoyo extranjero a las fuerzas de resistencia a la opresión.

El referido Decreto Ley fue derogado expresamente por la Ley 21.325, sobre migración y extranjería, de abril de 2021, que por primera estableció en Chile un estatuto del migrante, radicándolo, como corresponde, en el ámbito administrativo, con las

respectivas competencias de los órganos ejecutivos.

Con todo, y en lo inmediato, Chile está enfrentando una realidad que se nos ha impuesto vertiginosamente, a partir de flujos descontrolados de migración y de migración derechamente clandestina, a partir de lo cual ciertos sectores han estado planteando restablecer como delito la figura de ingreso ilegal o clandestino al país, en una norma que como vemos, sólo tiene como antecedente la expresión legiferante de la Dictadura.

El marco legal dado por la Ley de migraciones y extranjería, con apenas tres años de vigencia, lejos de ser el problema, es precisamente el punto de partida, en tanto le permite al Ejecutivo diseñar e implementar políticas públicas sobre el particular; sobre recepción migratoria, por ejemplo, que permita reconducir adecuadamente a los cientos y miles de inmigrantes que tocan nuestras puertas, a quienes necesitamos para aumentar nuestra cada vez más envejecida población, empero les hemos dado el peor tratamiento de la peor burocracia, que lejos de ofrecerles alternativas de inserción social, ayudándolos a encontrar donde vivir, donde trabajar, o donde estudiar, sólo les impone cargas y más cargas.

Han llegado a nuestro país verdaderos ciudadanos ejemplares. El rubro de servicios, por ejemplo, muestra hoy una cara amable, de trato cordial y alegre que nuestra población había perdido. Han llegado profesionales que, obviando todas las trabas que la burocracia les impone, realizan su mejor esfuerzo por aportar a esta sociedad, no obstante, el duro trato que el sistema les dispensa.

Que Chile está reaccionado tardíamente al fenómeno de la migración descontrolada, es una constatación innegable, como lo es también, casi por corolario, que la reacción no sea la adecuada.

Populistas penales, en estas circunstancias, encuentran terreno fértil para sembrar todo tipo de odios, resentimientos o meros temores, o para obtener una figuración mediática, que se muestran en la forma de criminalizar lo que sabemos responde a un fenómeno histórico, universal y constante. Una inmigración descontrolada sin dudas potencia el fenómeno de la inmigración clandestina, que por ilegal que sea no debe ser

criminalizada por las razones que ya hemos anotado.

Chile necesita migrantes y en un sinsentido que no abramos nuestras puertas para recibirlos, para verificar que no ingresen personas que vengan a delinquir, para ayudarlos a insertarse en la sociedad, para darles la ayuda que todo migrante requiere. Chile en esto está al debe, como también lo está en el necesario control de nuestras fronteras y pasos no habilitados, donde el descontrol es la explicación de la migración clandestina, o visto de otro modo, sólo en la medida que se logre controlar la inmigración, podríamos -sólo y recién entonces- adoptar medidas severas de control respecto a la inmigración clandestina, en el convencimiento que se trata realmente de tránsito único de delincuentes.

Creer que la legislación es la bala de plata que resolverá todos los problemas, es una falsa creencia, incentivada por quienes, ante la imposibilidad de resolver un determinado problema, recurren al comodín del "hay que legislar", o peor aún, al populismo penal, haciendo creer que la pena tendrá un efecto disuasivo que jamás ha tenido, ni tendrá.

La inmigración descontrolada es un asunto de implementación de políticas públicas y no, en este caso, de *lege ferenda*, cuando hace menos de 3 años nos dimos un completo marco legal, verdadero estatuto de migración y extranjería

Sin perjuicio de lo anterior, y reiterando que la migración no es un fenómeno que deba ser criminalizado, nos parece necesario abordar la situación de los extranjeros que delinquen en nuestro país, que son situaciones -aunque relacionadas- bien diferentes.

A partir de ciertos datos estadísticos, es posible sostener que **los extranjeros que delinquen suelen ser fundamentalmente aquellos que han ingresado clandestinamente al país**, a lo que podríamos agregar, con la intención de delinquir.

En la comisión de un delito, cualquiera que sea, el disvalor de la conducta, o desde otro punto de vista, el reproche, es mayor o menor en la medida que concurren ciertas circunstancias que modifican la responsabilidad, conocidas como las agravantes o atenuantes. Así, al momento de establecer la pena, el juez debe señalar cuáles atenuantes

o agravantes concurren, a fin de fijar el quantum de la misma.

Tener irreprochable conducta anterior, que equivale es ser primerizo, por ejemplo, es una atenuante. Agravante, por su parte, es haber cometido el delito con premeditación, alevosía o ensañamiento, o ser reincidente, o prevalerse de la condición de funcionario público para delinquir, entre otras.

Estimamos que, en la comisión de un delito perpetrado por un extranjero, el disvalor de la conducta es mayor cuando dicho extranjero ha ingresado clandestinamente al país, pues en tal caso podemos considerar ese antecedente como un acto preparativo para la comisión del delito, considerando que actúa con un evidente grado de opacidad precisamente desde la clandestinidad de su situación migratoria, que estimamos se debe traducir en un reproche penal mayor.

POR TANTO,

El Senador patrocinante y los demás adherentes que suscriben, vienen en someter a la consideración de este H. Congreso Nacional, el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único. - para agregar la siguiente circunstancia 24^a en el Artículo 12 del Código Penal: **“Cometer el delito habiendo ingresado clandestinamente al país, en cuyo caso la pena será aumentada en dos grados, más la accesoria de deportación, una vez cumplida la privativa de libertad”.**