

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN
DELITOS MIGRATORIOS

Sebastián Salinero Echeverría

I. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

En estas primeras líneas quiero excusarme de alterar el orden sistemático propuesto por la Comisión, pero sería inconsecuente de mi parte, empezar con el articulado a proponer, en circunstancias que me manifiesto contrario a regular en el Anteproyecto de Código Penal 2013, los mal denominados delitos migratorios.

En efecto, los “Delitos migratorios”, o mejor dicho, “Delitos de extranjería”, deben ser abordados por la respectiva Ley de extranjería, como ocurre con el actualmente vigente D.L. 1094 (DL), de 14 de julio 1975, conocido como Ley de Extranjería, o su sucesora legal; frente a los intereses actuales de proveer un nuevo marco regulatorio para la situación de los extranjeros en Chile.

Esta formulación obedece a diversas razones, pero las concretizo en dos: el primer motivo es de Derecho comparado, en particular las fuentes sobre el que se plantea este informe, y en segundo lugar a un criterio de hermenéutica jurídica.

En la especie, esta tipología de delitos no sólo no se encuentra recogida en el actualmente vigente Código Penal chileno (CP), sino que también en el Derecho comparado los denominados delitos de extranjería no encuentran su correlato en las respectivas codificaciones punitivas. La presencia de estas infracciones se ubica en leyes especiales, relativas a la extranjería y la inmigración. Así por ejemplo: en España, esta materia se regula en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social¹; en Alemania, la ordenación se realiza por medio de la denominada Ley sobre la residencia, la actividad profesional y la integración de los extranjeros en el territorio federal, de 30 de julio de 2004²; en Italia, su regulación está a cargo el Decreto legislativo de 25 de julio de 1998, sobre la inmigración, con las modificaciones del año 2002 (llamada Ley Bossi-Fini)³; en Francia se prevé una legislación especial que regula estos temas, como es la Ordenanza 2004-1248, de 24 de noviembre de 2004, relativa a la parte legislativa del código de entrada y de estancia de extranjeros y del derecho de asilo⁴; finalmente en Suiza, la Ley federal sobre los extranjeros, de 16 de diciembre de 2005, ordena los temas de extranjería⁵. Frente a este plano negativo de encontrar normas de extranjería en una codificación penal, la excepción la constituye el Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005 (ACP), del cual se hablará más adelante.

El otro argumento que justificaría la exclusión de la normativa penal de extranjería en un Código punitivo, se basa en razones de hermenéutica jurídica; en particular, por lo difícil que podría ser interpretar estos tipos penales al margen de la Ley de extranjería, la cual, nos dota de una serie de conceptos y situaciones, de las cuales el Derecho penal se podría sustraer.

Subsidiariamente a lo anterior, se propone un marco regulatorio para un párrafo del Código penal que denomino “De la extranjería”. Este párrafo no se encuentra recogido en nuestro Código punitivo y encontraría un sustento en tratarse de conductas graves.

Para el citado párrafo, siguiendo al ACP (Título XIV), se propone que su desarrollo sistemático se realice bajo el título “Delitos contra el orden público”, acápite que encuentra correlato en el CP. Las razones para aquello, encuentran su justificación en que el orden público como bien de tutela penal, es generalmente reconocido como la “tranquilidad pública” o un estado de sosiego general o de paz social. Así, entiendo que estas infracciones atentan concretamente contra el “orden” que debe existir en los flujos migratorios –además de otros bienes jurídicos que podrían estar comprometidos–, de manera de poder conocer no sólo el número de personas que ingresan a Chile, sino cualitativamente en qué calidad y para qué fines. Desconocer esta información, importa una afectación o alteración de ese estado de sosiego que debe imperar.

Por otro lado, la opción de que el nombre del párrafo propuesto sea “De la extranjería”, distinto al manifestado en el ACP (“§ 4. De la inmigración ilegal”), obedece a la semántica de cada una de esas expresiones, por cuanto se tratan de dos enfoques distintos que requieren un tratamiento diferenciado.

¹ En el Título III de la LO 4/2000 (Arts. 50-66) se regula las infracciones y régimen sancionador en materia de extranjería.

² El Capítulo 9 de esta Ley (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*), está dedicado a las prescripciones penales y económicas en materia de extranjería (Arts. 95-98).

³ El Capítulo II de la Ley, relativo al control de las fronteras, el rechazo y la expulsión, concentra las normas contra la inmigración clandestina.

⁴ En concreto se regula en el Libro VI, sobre controles y sanciones, en el Título II, relativo a las sanciones, en el Capítulo Cuarto, dedicado al incumplimiento de medidas de alejamiento o de asignación de residencia.

⁵ Esta materia es recogida en el Capítulo 16, sobre disposiciones penales y sanciones administrativas.

Por una parte, por “extranjería” debemos entender el conjunto de normas reguladoras de la condición, los actos y los intereses de los extranjeros en un país; y por otra parte por “migración”, se colige la acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él. De esta forma, podemos colegir que se trata de conceptos semánticamente distintos, en los que existe una relación de género a especie, siendo la extranjería el género y la migración una de sus especies. Así, de seguirse una nomenclatura que contemple únicamente a los migrantes, podría existir una interpretación restringida del sujeto activo de éstos delitos, limitándolo sólo a aquellos extranjeros que quieren establecerse en el país o tienen un proyecto de vida (social, laboral, económico, etc.) para desarrollar en Chile; quedando fuera de la norma, en consecuencia, aquellos extranjeros con visado de turistas por ejemplo, que no tienen un proyecto de vida en el país, pero que pueden realizar la misma conducta punible.

Las fuentes del articulado propuesto las encontramos en el DL; en el ACP; en España en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y en Alemania en la Ley sobre la residencia, la actividad profesional y la integración de los extranjeros en el territorio federal, de 30 de julio de 2004 (LARPIE). Cabe resaltar que el ACP no ofrece información en su discusión sobre la instalación de esta normativa. Sin embargo, sus disposiciones son parcialmente semejantes, con leves matices, a la del DL.⁶ También presumo que las infracciones previstas en el DL que no fueron incorporadas al ACP (Arts. 70, 71, 72, 73, 74, 76 y 77 del DL), obedeció a un criterio de escasa lesividad de las mismas.

⁶ Véase: Arts. 371 ACP y 68 DL; Arts. 372 ACP y 69 DL; Arts. 373 ACP y 75 DL.

II. ARTICULADO

Título N

Delitos contra el orden público

§ A. De la extranjería

Art. A. *Ingreso y egreso fraudulento*. Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con reclusión menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta.

Lo dispuesto en este artículo no regirá en el caso que el extranjero efectúe la declaración del inciso segundo del artículo 35 del decreto ley N° 1.094 de 1975.

Art. B. *Ingreso y egreso clandestino*. Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de reclusión menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta.

Art. C. *Desacato del extranjero*. El extranjero que permanezca en el territorio nacional, cuando sea ejecutable a su respecto el deber de salir del país y no se haya suspendido su expulsión, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

En la misma pena incurrirá el extranjero que haya sido expulsado, devuelto o retornado, y entra o permanece en el territorio nacional.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional.

Art. D. *Simulación o fraude en la contratación de extranjeros*. El extranjero que para obtener visado, simule contrato de trabajo o se valga de cualquier otro engaño semejante, será sancionado con la medida de expulsión del territorio nacional.

El empleador que incurra en falsedad al celebrar un contrato de trabajo con un extranjero, con el objeto precedentemente señalado, será sancionado con la pena de multa de una a cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia la pena será de reclusión menor en su grado mínimo sin perjuicio de la multa a que haya lugar. En todo caso, deberá pagar el pasaje de salida del extranjero.

Cuando se compruebe la contratación de extranjeros que no estén debidamente autorizados o habilitados para trabajar, por parte de los servicios u organismos del Estado o municipales, el Ministerio del Interior deberá solicitar a la autoridad que corresponda, la instrucción del pertinente sumario administrativo, a fin de que se aplique a los funcionarios infractores la multa de uno a quince días de sueldo. En caso de reincidencia, la sanción será de petición de renuncia. (art 373 ACP)

Normas Adecuatorias

No hay

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

1. Epígrafe del título y del párrafo. El título que se propone lleva como epígrafe “Delitos contra el orden público” y ha sido tomado del ACP. A su vez, el párrafo propuesto lleva como epígrafe “De la extranjería”, y obedece a una creación del autor, en base a la fundamentación general que se desarrolló en el apartado anterior.

2.- Art. A. El artículo consagra el delito de ingreso, egreso y permanencia fraudulenta de extranjeros. Este precepto ha sido tomado del mismo propuesto por el ACP (Art. 371), el que a su vez se tomó del DL (Art. 68). Como sanciones se establece una pena privativa de libertad, sumada a la expulsión del extranjero una vez cumplida la pena principal. El inciso segundo de la citada disposición prevé una causal de justificación para el evento que el extranjero declare su verdadera identidad a propósito de una solicitud de asilo político.

3.- Art. B. El artículo consagra el delito de ingreso y egreso clandestino de extranjeros. Este precepto ha sido tomado del mismo propuesto por el ACP (Art. 372), el que a su vez se tomó del DL (Art. 69). Como sanciones, se establece una pena privativa de libertad, sumada a la expulsión del extranjero una vez cumplida la pena principal. Sin embargo, se disiente del inciso segundo propuesto por el ACP⁷ y, en consecuencia, se suprime y no se sugiere a la Comisión, por ser redundante e inherente al concepto de clandestinidad que la disposición manifiesta. Asimismo, se suprime el inciso tercero propuesto por el ACP⁸ y no se propone a la Comisión, por encontrarse la conducta descrita, tipificada en el Art. C que se propone en este informe.

4.- Art. C. inciso primero. El precepto establece el delito de desacato del extranjero, el cual fue tomado desde la LARPIE (Art. 95.1.2). En relación a la conducta que se incrimina, no existe antecedente en nuestra legislación, salvo somero parecido con lo dispuesto en el Art. 71 del DL, relativo a la continuidad de residencia del extranjero en Chile, pese a haberse vencido el plazo de visado que autoriza su permanencia. La razón de la incriminación de la conducta, obedece al deber de obediencia a la autoridad administrativa o judicial, el cual es inobservado por el extranjero.

5.- Art C. inciso segundo. Este precepto, al igual que el anterior, establece otra figura de desacato del extranjero, el cual fue tomado directamente desde la LARPIE (Arts. 95.2 y 95.3), sin perjuicio de considerarse en ella, lo previsto en el inciso 3° del Art. 372 del ACP. La formulación propuesta, ofrece una mejor tipificación de la conducta prohibida, frente a las expresiones un tanto indeterminadas, como “causales de impedimento o prohibición de ingreso”, que prescribía el ACP.

Además, el precepto utiliza una técnica legislativa que está en sintonía con conceptos tradicionalmente utilizados en extranjería y aparentemente serían de más fácil precisión en el caso concreto, como:

- i. expulsión: Es la sanción que se impone a un extranjero que está en Chile en situación irregular.
- ii. devolución: Es la medida que se adopta respecto de un extranjero que es interceptado intentando ingresar irregularmente al país
- iii. retorno: Es la situación que se produce cuando, por falta de los requisitos necesarios para la entrada al país, se decide el regreso del extranjero al país de procedencia.

6.- Art. D. en general. El artículo consagra el delito de simulación o fraude en la contratación de extranjeros. El precepto ha sido parcialmente recogido del mismo propuesto por el ACP (Art. 373), el que a su vez se tomó del DL (Art. 75), y de una creación del autor en base al propuesto por el CPE (Art. 313.2).

7.- Art. D. inciso primero.

Las autoridades dependientes del Ministerio del Trabajo y Previsión Social deben

⁷ El Art. 372, inciso segundo, del ACP establece “Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena....”

⁸ El Art. 372, inciso tercero, del ACP establece “Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados...”

denunciar, al Ministerio del Interior o a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales en su caso, cualquiera infracción que sorprendan en la contratación de extranjeros. Si se establece que ha existido simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo del extranjero, para que se le otorgue la respectiva visación, se aplicará a éste la medida de expulsión del territorio nacional sin perjuicio de formularse el requerimiento o la denuncia que corresponda a la Justicia Ordinaria.