Minuta de análisis sobre el Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional
(Boletín 15.261-25)

Marisol Peña Torres[1]

I. El debate suscitado durante la tramitación del proyecto de ley.

- El proyecto de ley fue iniciado por moción de un grupo de diputados entre los cuales se encuentra el actual senador Andrés Longton e ingresado a la oficina de partes de la Cámara de Diputados el 5 de agosto de 2022.
- La idea matriz del proyecto, según se lee en la moción respectiva, es abordar la situación de la migración clandestina en el país para lo cual introduce, en la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, **un nuevo delito de ingreso clandestino al territorio nacional** (artículo 119 bis) sobre la base de tres supuestos o hipótesis que dan origen a penas diferentes:
  - **a)** El que, no reuniendo las condiciones para ser declarado como refugiado en nuestro país, o reuniéndolas, no provenga directamente de un territorio donde su vida o libertad estén amenazadas, hiciere ingreso al territorio nacional por un paso no habilitado o eludiendo el control migratorio.
  - **b)** Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional, mediante algunas de las conductas señaladas anteriormente y existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso.

[1] Profesora titular de Derecho Constitucional y Directora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Ex ministra y ex presidenta del Tribunal Constitucional. Correo: marisolpena@udd.cl

c) El que entrare al territorio chileno o intentare salir de él valiéndose de un documento de identidad o de viaje falso o faltando a la verdad en la información requerida por la autoridad para autorizar el ingreso o la salida.

- Si bien la moción original constaba de un artículo único que modificaba dos normas de la Ley N° 21.325, en el primer trámite constitucional, se incorporó un nuevo artículo a dicho cuerpo legal (artículo 119 ter) y una modificación a su artículo 131. Además, se introdujeron modificaciones a los incisos cuarto y final del artículo 140 del Código Procesal Penal.
- Los antecedentes de la historia de tramitación del proyecto dan cuenta de que, en la Cámara de Diputados, fue calificado como propio de ley simple u ordinaria. No obstante, por Oficio de 12 de junio de 2024, el Presidente de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del H. Senado puso en conocimiento de la Excma. Corte Suprema el aludido proyecto de ley, "en atención a que la iniciativa contiene normas que dicen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, en conformidad con lo dispuesto en los **incisos segundo[2] y siguientes del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16[3] de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional**."

---

[2] "La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva."

[3] "Los proyectos que contengan preceptos relativos a la organización y atribuciones de los tribunales, serán puesto en conocimiento de la Corte Suprema para los efectos indicados en el inciso segundo del artículo 77 de la Constitución Política. El proyecto deberá remitirse a la Corte al darse cuenta de él o en cualquier momento antes de su votación en la Sala si el mensaje o moción se hubiere presentado sin la opinión de esa Corte, o deberá hacerse posteriormente por el presidente de la corporación o comisión respectiva si las disposiciones hubieren sido incorporadas en otra oportunidad o hubieren sido objeto de modificaciones sustanciales respecto de las conocidas por la Corte Suprema.

- La Excma. Corte Suprema evacuó su Informe el 30 de julio de 2024, precisando que “La consulta elevada a la Excma. Corte Suprema no indica cuál es la norma específica que dice relación con la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia que se requiere informar. Revisando su contenido se estima que cumplen con dicha característica la regulación presente tanto en **el artículo 119 ter de la Ley N° 21.325 como en el Código Procesal Penal**” (punto segundo). Dicha frase permite entender que, a juicio de la Excma. Corte Suprema, el proyecto sí contiene normas propias de la ley orgánica constitucional relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia.
- Si las normas que la Excma. Corte Suprema estimó **como propias de ley orgánica constitucional** ya han cumplido con el informe previo de dicho tribunal que exige el artículo 77, inciso segundo, de la Constitución Política, sólo restaría que la aprobación del proyecto en lo que se refiere al artículo 119 ter que se agrega a la Ley N° 21.325 y las modificaciones que se introducen al artículo 140 del Código Procesal Penal cumplan con el quórum que, para este tipo de leyes exige el artículo 66, inciso segundo, de la Carta Fundamental, eso es**, los 4/7 de los miembros en ejercicio de cada Cámara**.

II. ¿Son efectivamente normas propias de ley orgánica constitucional (LOC) las contenidas en el nuevo artículo 119 ter y las modificaciones introducidas al artículo 140 del Código Procesal Penal?

1. Principales criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional respecto a la ley orgánica constitucional aludida en el artículo 77 de la Carta Fundamental

El inciso primer del artículo 77 de la Carta Fundamental establece que "*Una ley orgánica constitucional determinará* ***la organización y atribuciones de los tribunales*** *que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados*."

Desde sus primeros pronunciamientos, una vez vigente la Constitución Política, el Excmo. Tribunal Constitucional precisó que:

- La expresión "atribuciones" está usada como sinónimo de "**competencia**", esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus funciones (SSTC roles 271 y 273).
- La expresión "organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia" tiene **un alcance limitado**, por la frase incluida al final de su inciso primero, y también por su inciso final que distingue entre la ley orgánica constitucional y "las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento" (SSTC roles 418 y 442).
- La "organización y funciones de los tribunales", mencionada en los incisos primero y segundo del artículo 77 de la Constitución se refieren a la estructura "**básica**" del Poder Judicial (SSTC 62, 336 y 456).
- Las normas que **crean y suprimen tribunales** son propias de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77 de la Constitución Política (SSTC roles371, 396, 1651 y 1695).

- Las normas que confieren **nuevas atribuciones a los tribunales**, distintas de las que ya tienen contempladas por la ley, son propias de la ley orgánica constitucional referida en el artículo 77 constitucional (SSTC roles 1528 y 4317).
- Las materias que regulan **procedimientos** no son propias de la ley orgánica constitucional aludida en el artículo 77 de la Carta Fundamental, lo que lleva a distinguir el ámbito de la ley orgánica constitucional de las materias de codificación procesal a que alude el artículo 63 N° 3) de la misma Constitución (SSTC roles 271, 318, 440 y 4274).

Todos estos criterios han sido resumidos y actualizados, recientemente, en la sentencia Rol N° 16.051-24.

Sin perjuicio de los criterios señalados, uno de los primeros elementos que toma en consideración el Tribunal Constitucional al momento de calificar si una norma es propia de ley orgánica constitucional es si existe un pronunciamiento previo del mismo Tribunal que haya calificado la norma como LOC. El TC se pronunció en control preventivo obligatorio sobre el entonces Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, por **sentencia Rol N° 9939, de 1° de abril de 2021**, pero en su pronunciamiento no estuvo incluida ninguna de las materias incluidas en el proyecto de ley que se analiza.

2. Análisis del artículo 119 ter que se incorpora a la Ley N° 21.325

- Reconducción o devolución inmediata de quien haya ingresado clandestinamente al país aun cuando se produzca la detención en flagrancia y sólo si ello no fuere posible se pondrá al infractor a disposición del tribunal respectivo (N° 1): **No es una norma orgánica constitucional**, porque se refiere **al procedimiento de la detención** de quienes ingresan al país clandestinamente.

No se trata de una actuación jurisdiccional, porque ello ocurre antes de que se ponga a la persona a disposición del tribunal. El Informe de la Excma. Corte Suprema advierte visos de inconstitucionalidad en el hecho de que se eluda el control judicial que, incluso en el caso de delitos flagrantes es perentorio conforme al artículo 19 N° 7°, letra c), de la Constitución Política.

- Aplicación de las reglas del procedimiento monitorio (N° 2): Se trata de una facultad del Fiscal ya contemplada en el artículo 392 del Código Procesal Penal: "*Procedimiento monitorio. Se aplicará el procedimiento monitorio a la tramitación de las faltas respecto de las cuales el fiscal pidiere sólo pena de multa. En el requerimiento señalado en el artículo precedente el fiscal indicará el monto de la multa que solicitare imponer*." **No confiere, por ende, nuevas facultades a los tribunales por lo que no es un precepto propio de ley orgánica constitucional**.
- Ampliación de la detención de 3 días hasta por 5 días en el supuesto contemplado en el inciso tercero Art. 132 del Código Procesal Penal (N° 3): Se refiere a un plazo destinado a preparar la formalización del imputado y la solicitud de medidas cautelares que procedieren. El juez ya posee la facultad de ampliar la detención, por lo que no se le confieren nuevas atribuciones, por lo que **no es materia de ley orgánica constitucional**. La Excma. Corte Suprema advierte sobre la extensión del plazo de la detención hasta por 5 días por tratarse de una regla que el Art. 19 N° 7° letra c) sólo contempla para los delitos terroristas. Sin embargo, el inciso final de esa norma permite que, en el caso de las expulsiones administrativas, **la ley** (**común**) fije el plazo máximo, el que no podrá, en todo caso exceder de cinco días corridos.
- Determinación de que existe "peligro de fuga" para decretar la prisión preventiva (N° 4): Es un supuesto ya contemplado en el

artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal como parte de las razones vinculadas al curso de la investigación (en concordancia con el Art. 19 N° 7 letra e) de la Constitución). Por lo demás, repite textualmente el inciso final de esa norma. Se trata de una **materia de ley común** de aquellas a que alude el numeral 3) del artículo 63 de la Constitución.

- Los numerales 5, 6, 7 y 9 contienen **materias de procedimiento que no son propias de la ley orgánica constitucional** del artículo 77 de la Carta Fundamental al tenor de la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional, especialmente la sentencia Rol 15.525-24 sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificó diversos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución penal con énfasis en materia de reincidencia y en delitos de mayor connotación social.
- Improcedencia de las penas sustitutivas del Art. 1° de la Ley N° 18.216 con excepción de la expulsión: Amplía los supuestos de improcedencia de dichas penas sustitutivas por lo que no puede estimarse que confiera una nueva atribución a los tribunales de justicia y, por ende, **no es un precepto propio de ley orgánica constitucional.**

En conclusión, el artículo 119 ter del proyecto a que se refiere el Boletín 15.261-25 no contiene materias de ley orgánica constitucional.

Santiago, 4 de mayo de 2026.