

Constitución, igualdad y migración: el mínimo desarrollo del ordenamiento chileno en la protección contra la discriminación de grupos migrantes

Constitution, equality and migration: the minimum development of the Chilean order in the protection against discrimination of migrant groups

Liliana GALDÁMEZ ZELADA¹

Karin CASTRO CRUZATT²

Sebastián CEPEDA VALDÉS³

Resumen: El objetivo de este ensayo es analizar las principales líneas jurisprudenciales en materia de igualdad y no discriminación con las que el Tribunal Constitucional de Chile aborda el estatuto jurídico de las personas migrantes. Se examinará el marco constitucional de la migración en Chile, el insuficiente desarrollo de la igualdad y del derecho a no ser discriminado en la Constitución, la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno referida a estos asuntos. En esta materia ha predominado una concepción simétrica y formal de la igualdad, que tiende a justificar el trato discriminatorio de las personas migrantes y con ello contribuye a reforzar su posición subordinada, no obstante, se evidencia una evolución normativa y eventualmente constitucional hacia una comprensión alternativa de la igualdad.

1 Doctora en Derecho, Universidad de Valladolid. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesora Asociada del Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Directora Alternativa e Investigadora Titular del proyecto Anillos SOC180008 “Migraciones Contemporáneas en Chile: Desafíos para la Democracia, Ciudadanía Global y Acceso a Derechos No Discriminatorios”. Santiago de Chile. Correo electrónico: lgaldamez@derecho.uchile.cl

2 Doctora en Derecho, Universidad de Valladolid. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Investigadora del Observatorio de Derechos Humanos, Universidad de Valladolid. Valladolid, España. Correo electrónico: karincastrocruzatt@gmail.com

3 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Tesista proyecto ANID SOC180008 “Migraciones Contemporáneas en Chile: Desafíos para la Democracia, Ciudadanía Global y Acceso a Derechos No Discriminatorios”. Santiago de Chile. Correo electrónico: sebastian.cepeda@derecho.uchile.cl

Palabras clave: Migración, Constitución, igualdad, discriminación, jurisprudencia constitucional.

Abstract: The purpose of this essay is to analyze the main criteria with which the Constitutional Court of Chile approaches to migration. We will examine the constitutional framework of migration in Chile, as well as the insufficient development of equality and the right not to be discriminated against in the Constitution, the legislation and the Constitutional Court decisions. In this matter a symmetrical and formal conception of equality prevails and tends to justify discriminatory treatment of migrants and thereby contributes to reinforce their subordinate position, however, there is evidence of a normative and eventually constitutional evolution towards an alternative understanding of equality.

Keywords: Migration, Constitution, equality, discrimination, constitutional jurisprudence

1. Introducción

En el año 2002 el número de personas nacidas en el extranjero y residentes en Chile era de 185 mil personas⁴ (1,2% del total de la población). Para el año 2020, las personas extranjeras residentes en Chile llegaban a 1.462.103 (aproximadamente 7,5% de la población)⁵. El incremento de los flujos migratorios hacia Chile ha requerido de nuevas respuestas y enfoques jurídicos.

El marco jurídico de la migración se ha establecido principalmente en el D. L. N.º 1.094, proveniente de la dictadura y modificado recientemente con la nueva ley de migración y extranjería N.º 21.325, vigente desde la publicación de su reglamento en febrero de 2022. Si bien la Constitución de 1980 no se refiere al fenómeno migratorio, existen principios y derechos que orientan el tratamiento constitucional de este asunto. Aspecto central es el examen de la igualdad constitucional y la no discriminación a la luz de los grupos subordinados⁶. La vertiente constitucional de la migración ha sido poco abordada por la doctrina, que tampoco ha estudiado de manera sistemática los pronunciamientos más recientes del Tribunal

4 Instituto Nacional de Estadísticas (2002).

5 Paúl (2021).

6 Bassa y Torres (2015), p. 112.

Constitucional (en adelante también Tribunal o TC) en la materia, asunto que trataremos analizando su jurisprudencia en el marco del D. L. N.º 1094 y la nueva ley de migración. Debemos resaltar que el marco constitucional de referencia no ha sufrido transformaciones y que ambas normativas están sometidas al principio de supremacía constitucional, por tanto, lo que estudiaremos es la manera en que el TC va construyendo su comprensión de la igualdad a partir del examen de normas sometidas a su conocimiento.

La centralidad del derecho a la igualdad y a no ser discriminado deriva de una premisa indiscutible desde lo jurídico: las personas migrantes/extranjeras son tratadas a partir de un estatuto jurídico distinto al de un nacional. Mientras que para un nacional el acceso y titularidad de derechos es la regla general, con excepciones como en derechos políticos; las personas migrantes son tratadas de forma diferente en el acceso y titularidad de determinados derechos fundamentales y humanos.

La relevancia del examen de la igualdad tiene además otro fundamento. La igualdad es un asunto político y social trascendente, cuya discusión, como señala P. Rosanvallon, desde hace años está en crisis. Fruto de cambios en las lógicas del capitalismo, en la vida social, más complejizada y heterogénea, el Estado Social y la solidaridad como valor social estructurador han perdido terreno, dando lugar a un crecimiento global de las desigualdades⁷ y su tolerancia.

Tan determinante es la igualdad, que la exclusión impacta desde lo económico hasta la legitimidad misma del sistema político⁸. Su inobservancia debilita la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho⁹ y la cohesión social. Sociedades desiguales erosionan sus sistemas democráticos, el crecimiento económico, las capacidades estatales y la salud de las personas¹⁰. Así, cuando la sociedad deja de ser inclusiva, deja de ser democrática, jerarquizándose, invisibilizando a las personas pobres¹¹.

En Chile, afirma el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), pese a mejoras en las condiciones de vida y reducción de la pobreza, existen tensiones sociales por demandas de igualdad¹². En el país ha tomado cada vez más fuerza la exigencia de *igualdad en dignidad*, como horizonte del imaginario social¹³. La desigualdad, manifiesta en la configuración de lazos sociales desde el clasismo o el machismo, la inseguridad económica y la inesta-

7 Rosanvallon (2012), pp. 130-134.

8 PNUD (2017), p. 17.

9 Rosanvallon (2012), p. 121, y Vilhena (2011), pp. 25 y 36.

10 PNUD (2017), p. 63.

11 Muñoz (2013 a), p. 24, y Vilhena (2011), pp. 36-41.

12 PNUD (2017), p. 163.

13 PNUD (2017), p. 199.

bilidad laboral, contribuyen en Chile a la generación de un *habitus* desigual¹⁴.

La exclusión que afecta a las personas migrantes por la confluencia de factores económicos, sociales, jurídicos y culturales, sumada a la privación de diversos derechos y libertades¹⁵, da lugar a relaciones sociales de exclusión. La mayor exclusión en la que se encuentran las personas migrantes ha quedado de manifiesto a raíz del brote pandémico de COVID-19, que ha visibilizado aquella realidad solapada que han enfrentado las personas migrantes, expuestas además a una serie de prejuicios y estereotipos¹⁶.

Frente al *habitus* de la desigualdad, resulta imprescindible examinar el desarrollo de la igualdad en doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que la configuración normativa de la igualdad y la no arbitrariedad tienen una densidad normativa menor, también es cierto que existen elementos que permiten su desarrollo interpretativo. Examinaremos en este trabajo estos desarrollos y los criterios del TC chileno en la materia.

Cabe señalar, además, que el carácter imprescindible del tratamiento de la igualdad tiene también su expresión en el proceso constituyente que vive el país. Entre normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional se encuentra una que reconoce la *igualdad sustantiva* como principio (artículo 1) y como derecho (artículo 6 y luego en su artículo 25). Esta igualdad sustantiva es reiterada a lo largo del articulado ya aprobado en campos como la participación política, artículos 161 y 163, y en la labor jurisdiccional, artículos 311 y 312, entre otros¹⁷. Además, las normas sobre igualdad no se plantean, hasta ahora, en términos que restrinjan su alcance a las personas nacionales. En lo que va del proyecto, el texto constitucional no distingue entre nacionales y personas extranjeras.

La pregunta de investigación que orienta este trabajo se formula así. Frente a la ausencia de una definición constitucional del estatuto jurídico de las personas migrantes, a partir del examen del tratamiento de la igualdad y la no discriminación, ¿cómo aborda el Tribunal Constitucional de Chile el estatuto jurídico de las personas migrantes? La hipótesis es que el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha desarrollado una comprensión de la igualdad neutral y formal, que tiende a justificar los tratos diferenciados y no elabora un enfoque que contribuya a superar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes como grupo subordinado; sin embargo, el proceso constituyente y las nuevas normas aprobadas en materia migratoria pueden impulsar nuevas perspectivas constitucionales al respecto.

14 PNUD (2017), pp. 25-26. También: Bourdieu (2007), pp. 86-87. Comprender a la sociedad desde la teoría práctica que plantea Bourdieu, permite entender el rol del derecho en la reproducción de la exclusión.

15 Abraimovich y Pautassi (2009), p. 296.

16 Rojas *et al.* (2019), p. 271.

17 Convención Constitucional. Propuesta de Constitución Política de la República (2022).

Este trabajo utiliza una metodología jurídica, analizando fuentes normativas (constitucionales y legales), de derecho nacional, comparado y propias del DIDH, que contrasta con el examen de la jurisprudencia del TC en materia migratoria, la que es analizada desde la doctrina más crítica de la concepción neutral y formal de la igualdad.

Este trabajo tiene la siguiente estructura. En el primer apartado analizaremos cómo se configura desde la Constitución el estatuto jurídico aplicable a las personas migrantes en Chile. En el segundo, revisaremos la comprensión jurídico-conceptual del principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado en el Sistema Interamericano, en la Constitución chilena y la teoría constitucional. En el tercero, revisaremos jurisprudencia migratoria del Tribunal Constitucional chileno, para terminar con algunas conclusiones.

2. Migración y Constitución en Chile

En Chile, ¿las personas migrantes son titulares del mismo catálogo de derechos que los nacionales? Desde el punto de vista constitucional, este es un asunto central por responder.

Una revisión histórica permite advertir que las Constituciones de 1833 y 1925 regularon la situación de las personas migrantes desde el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros¹⁸. Así, emplean la noción de “habitante” en materia de derechos y normas sobre libertad de circulación y proscripción de la esclavitud. La norma fundamental vigente, salvo algunos supuestos excepcionales, no distingue entre nacionales y extranjeros, estableciendo una “titularidad genérica” de las garantías fundamentales¹⁹. Esto, en atención al epígrafe del artículo 19²⁰, *La Constitución asegura a todas las personas*, interpretado considerando la igualdad y universalidad de los derechos fundamentales²¹. Como posteriormente veremos, esta tesis de la “titularidad genérica” que defendía inicialmente el Tribunal, ha sido matizada en decisiones posteriores.

Algunos ejemplos de materias en las que la Constitución establece distinciones son la nacionalidad (artículo 10); acceso a derechos políticos (artículo 14); en materia laboral, exigencia de nacionalidad chilena para determinados casos señalados en la ley (artículo 19 N.º 16), o prohibición de aportes de campañas salvo personas extranjeras habilitadas para ejercer derecho de sufragio (disposición transitoria Cuadragésima Segunda N.º 4). Por su parte, el D.

18 Tribunal Constitucional, Rol N.º 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerando 24º.

19 Bassa y Torres (2015), p. 112, y Díaz (2016), p. 181.

20 Zúñiga (1998), p. 327; Bassa (2007), p. 22; Bassa y Torres (2015), *op. cit.*; y Domínguez (2016), p. 203.

21 Díaz (2016), p. 208, y Bassa (2007), pp. 22-23. Tribunal Constitucional, Rol N.º 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerandos 29º y 35º.

L. N.º 1.094 de 1975 no fue proyectado hacia el futuro, al punto que ha sido reemplazado por la nueva ley sobre migración y extranjería (Ley N.º 21.325), vigente desde febrero de 2022. Esta ley declara entre sus objetivos “regular el ingreso, la estadía, la residencia y el egreso de los extranjeros del país, y el ejercicio de derechos y deberes”.

Pese a las opiniones que sostienen la ausencia de diferencias en la Constitución²², en la práctica se ha desarrollado un estatuto diferenciado en el acceso a ciertos derechos de las personas migrantes, tanto en el ámbito infralegal²³ como en la Ley N.º 21.325²⁴. En este punto se debe tener presente lo señalado por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en sus observaciones finales a Chile de 2021, donde recomienda al Estado “proteger los derechos de los migrantes y sus familiares, en particular el derecho a la salud, y mitigar los impactos adversos de la pandemia”²⁵.

Abordada la migración fuera del *radar*²⁶ de la Constitución, su régimen jurídico se ha configurado hasta ahora desde una debilitada supremacía constitucional frente al legislador. Bajo la vigencia del D. L. N.º 1.094, en la práctica predominó un *ethos* que se estructuró en la doctrina de la seguridad nacional²⁷ y una discrecionalidad fuerte, propia de los regímenes autoritarios²⁸. Las tensiones estructurales entre la Constitución y la regulación legal migratoria eran evidentes, especialmente en lo referente a las prerrogativas estatales de control migratorio y el acceso a derechos²⁹. El mismo TC, Rol N.º 2273-12-INA de 2013, lo declaró así a propósito de la excesiva discrecionalidad de la autoridad administrativa respecto al ingreso de las personas extranjeras a Chile. El D. L. N.º 1.094 se caracterizó, además, como legislación anómala, anacrónica o desactualizada³⁰, similar a los dispositivos de lucha antiterrorista y contra la criminalidad internacional³¹. Comprendía a las personas migrantes como “un peligro

22 Vid: Zúñiga (1998).

23 Oficio circular N.º 1.179 de 28 de enero de 2003, Departamento de Extranjería y Migración; oficio circular N.º 6.232 de 26 de mayo de 2003, Departamento de Extranjería y Migración; resolución exenta N.º 1.914 de 10 de marzo de 2008; oficio ordinario N.º 3.229 de 11 de junio de 2008 del Ministerio de Salud; oficio ordinario N.º 07/1008 de 4 de agosto de 2005 del Ministerio de Educación.

24 La nueva ley garantiza la igualdad y principio de no discriminación (art. 3), no obstante, introduce límites a la libertad de locomoción en ciertos casos y condiciona el acceso a derechos económicos, sociales y culturales, “hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado” (art.3).

25 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales, segundo informe periódico de Chile, CMW/C/CHL/CO/2 (Versión preliminar no editada), p. 2.

26 Barnes (2016), p. 37.

27 Stang (2016), pp. 86-90; Bassa y Torres (2015), p. 114.

28 Como indica Stang (2016), p. 182, cabe notar la temprana preocupación del régimen por regular esta materia a nivel legal.

29 Véase Zúñiga (1998), pp. 302 y 306; Galdámez (2013), pp. 777-778; Díaz (2016), p. 183; Bassa (2007), p. 18, y Domínguez (2016), pp. 190 y 194.

30 Galdámez (2013), p. 779.

31 Domínguez (2016), p. 195.

latente para la sociedad”³². Ha sido cuestionado por su enfoque de “securitización”³³, además ese margen de discrecionalidad generaba contravenciones a la igualdad *de iure o de facto*³⁴.

La nueva ley de migración y extranjería procura hacerse cargo de las críticas al D. L., desarrolla un catálogo de derechos y principios, aborda con especial intensidad el régimen de sanciones, expulsiones y otras medidas encaminadas al control de fronteras. Como posteriormente se detallará, en este nuevo conjunto normativo son escasas las referencias al paradigma antisubordinación.

Por su parte, en el derecho comparado no se encuentran ejemplos de ordenamientos que consagren igualdad absoluta entre nacionales y extranjeros, por el contrario, existe una inclinación mayoritaria a introducir distinciones a través de referencias a una nacionalidad concreta o bien, prevén limitaciones a derechos específicos según nacionalidad³⁵. Así ocurre en Alemania, España y Portugal, Francia y Suecia³⁶ y en Latinoamérica, en Ecuador, Colombia y Bolivia. Además, el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, desarrolla cláusulas contra la discriminación e introduce categorías sospechosas como límite a la diferencia.

Por otra parte, conforme al artículo 5 inciso segundo de la Constitución, corresponde mencionar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (en adelante CITMF)³⁷, promulgada el 12 de abril de 2005, que consagra el principio de “no discriminación en el reconocimiento de derechos” (artículo 6 parte II), que en su parte III contiene un catálogo de derechos comunes para *todos los trabajadores migratorios y sus familias*, mientras en su parte IV reconoce ciertos derechos para trabajadores documentados. Es decir, la Convención a la vez que consagra la no discriminación establece un catálogo de derechos diferenciados según estatus migratorio. En todo caso, llamativamente la jurisprudencia constitucional no cita este tratado y opta por referirse a otras fuentes del DIDH, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales.

A partir de las escasas referencias a la migración en la Constitución del ochenta, su estatuto jurídico se ha construido en el ámbito infraconstitucional y es previsible que la nueva ley de migración y extranjería ocupe el lugar del D. L. N.º 1.094 en esta materia. La nueva ley avanza

32 Stefoni (2011), p. 81.

33 Bassa (2007), pp. 34-40.

34 Domínguez (2016), p. 193.

35 *Ibid.*, considerando 14º.

36 Sobre casos francés y sueco véase González (2021), pp. 73 y 77.

37 Galdámez (2008), pp. 139-158.

en dos aspectos fundamentales, contiene un catálogo de derechos y limita la discrecionalidad de la autoridad en la determinación del ingreso de las personas migrantes a Chile. Dicho esto, la ley consolida uno de los rasgos a los que hemos hecho referencia en este trabajo, que el régimen legal de la migración se antepone al constitucional, estableciendo diferencias en el campo de los derechos que la Constitución no contempla.

La nueva ley de migración y extranjería se propone como objetivo una migración “ordenada, segura y regular” (artículo 7). En materia de igualdad (artículo 3), la ley reproduce la comprensión de la igualdad establecida en la Constitución, “El Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación”, y entiende al principio de no discriminación en términos idénticos a la Ley N.º 20.609, además, incluye categorías sospechosas³⁸. Por otra parte, pese a que proclama la igualdad y no discriminación, introduce diferencias entre nacionales y extranjeros en cuanto al derecho a la vivienda (artículo 18) que reconoce a personas migrantes con residencia definitiva; libertad de locomoción, que reserva a quienes se encuentren “legalmente” en el país (artículo 3), y en derechos sociales, que garantiza hasta disponibilidad de recursos (artículo 3).

En cuanto al reglamento de la ley, este se centra, principalmente, en aspectos que concretan su aplicación en materia sancionatoria, sin referirse a la discriminación. Solo menciona la igualdad en el artículo 167, para asegurar acceso a defensa jurídica, para personas que tengan órdenes de expulsión. Pese a esta mirada individualista y aséptica, hay dos disposiciones que parecen fundarse en una óptica distinta, en tanto apuntan a la protección especial de ciertos grupos desfavorecidos en el contexto de la migración. Estas disposiciones, que serán analizadas en el siguiente punto, son compatibles con los dictados del principio antisubordinación en tanto reconocen la condición de especial vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes (artículo 4), de las mujeres migrantes (artículo 13) y ordenan al Estado garantizarles especial protección.

Enseguida proponemos profundizar en la perspectiva de la igualdad, como principio y derecho que aporta elementos para la conformación de un marco constitucional de la migración coherente con el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

38 Ley N.º 21.325, artículo 1 N.º 7: “Discriminación arbitraria: Toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales [...] en particular, cuando se funden en motivos como la raza o etnia, la nacionalidad, situación migratoria, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal, la enfermedad o discapacidad, o cualquier otra condición social”.

3. Aproximaciones jurídicas a la igualdad

Una de las cuestiones más íntimamente ligadas a la situación jurídica de las personas migrantes es la igualdad y el derecho a no ser discriminado. La parquedad e indeterminación que caracteriza a los textos constitucionales, hace necesario adoptar una concepción de la igualdad que sea coherente con el reconocimiento de la dignidad como fundamento del orden constitucional, capaz de “dar cuenta de la desigualdad que responde a una desigualdad sistemática y estructural”³⁹.

3.1 MIGRACIÓN Y LA COMPRENSIÓN DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD Y DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO: LAS PERSONAS MIGRANTES COMO GRUPO SOCIAL SUBORDINADO

Frente a una mirada neutra y formalista de la igualdad, que entiende que esta agota su significado en una exigencia aristotélica de “tratar igual a los iguales”, que carece de vocación transformadora, consideramos necesario adoptar una visión consciente de la estructura jerárquica que domina la conformación de las sociedades actuales.

La comprensión de la igualdad y el derecho a no ser discriminado a la luz del principio antisubordinación resulta la orientación más idónea. Esta tiene sus orígenes en los Estados Unidos de América y fue planteada por Owen Fiss en la década de los setenta como lectura alternativa a la interpretación neutra de la igualdad que se venía imponiendo y que amenazaba con detener los avances en materia de igualdad racial que se habían logrado hasta entonces⁴⁰. El principio antisubordinación trasciende la concepción individualista de la igualdad, poniendo en cuestión toda medida, ley o decisión que refuerce el estatus devaluado de quienes, en virtud de su pertenencia a determinados grupos sociales sobre los que recae el prejuicio, experimentan una profunda exclusión.

El feminismo norteamericano desarrolló un enfoque análogo, con Catharine Mackinnon, Kate Millett y Andrea Dworkin entre sus principales exponentes. El principio antidominación, como denominó Mackinnon a su formulación, se inspiró en el movimiento por los derechos civiles que entendía que la condición de los afroamericanos no constituía un problema generado por la diferenciación racial, sino que suponía un problema de opresión provocado por la “supremacía blanca”⁴¹. De modo análogo, la desigualdad entre hombres y mujeres está condicionada por la supremacía masculina y la consecuente subordinación femenina. El centro del problema reside, entonces, en “la subordinación de las mujeres a los hombres”⁴². La igualdad, por tanto,

39 Clérico y Aldao (2011), p. 142.

40 Balkin y Siegel (2003), pp. 28-29, y Fiss (1977).

41 Mackinnon (2014), p. 74.

42 Mackinnon (2014), p. 75.

debe ser analizada como una cuestión de jerarquía.

El principio antisubordinación se asienta sobre dos elementos fundamentales: la subordinación y el carácter grupal o colectivo de esta. La subordinación supone una posición de marginación a la que se encuentran sometidos diversos grupos sociales y se expresa en los ámbitos político, social y económico. Se origina en virtud de una serie de fenómenos como el racismo, el sexismo o la homofobia que alimentan una estructura opresiva.

La consideración grupal o colectiva de la discriminación demanda reconocer que la opresión que padecen determinadas personas está inextricablemente vinculada a su pertenencia a determinado grupo o colectivo⁴³. Así, cuando una persona que pertenece a un colectivo subordinado es discriminada, esta exclusión se produce en virtud de “lo que significa e implica social (mente)”⁴⁴ la pertenencia a dicho colectivo. La discriminación constituye un fenómeno que, como indica Barrère, “se percibe o se manifiesta individualmente, pero la base de esta sería presumiblemente grupal”⁴⁵. De este modo, la discriminación es “una condición de grupos” pues “existen relaciones de opresión y de dominio porque existen en las sociedades grupos sociales oprimidos o subordinados”⁴⁶. Estas realidades, por tanto, “nos exigen modificar nuestra representación atomizada de la sociedad —sociedad como suma de individuos—, para ver en ella grupos sociales que interactúan y se relacionen entre sí en el marco de múltiples instituciones y estructuras”⁴⁷. La atención a la afectación grupal o colectiva es una condición necesaria a efectos de proteger a los miembros del grupo subordinado individualmente considerados⁴⁸, es decir, es una suerte de medio para proteger a los individuos que componen dichos grupos, y que son los destinatarios de los derechos protegidos por la Constitución.

Una consecuencia derivada de las premisas a las que se acaba de hacer referencia es el carácter unilateral o asimétrico de las cláusulas que reconocen el derecho a la igualdad y a la no discriminación: se trata de disposiciones dirigidas a cuestionar medidas, normas y decisiones que afiancen el estado de opresión y marginación de los miembros de ciertos colectivos: mujeres, personas homosexuales, minorías raciales, personas transexuales, etcétera. Estas cláusulas, por tanto, no pueden ser concebidas de manera neutra pues el origen y las consecuencias que producen las medidas que afectan a grupos subordinados y a los no subordinados son sustancialmente distintas, dado que existe entre ellas una profunda “asimetría moral”⁴⁹.

43 Fiss (1977), p. 138.

44 Barrère (2003), p. 4.

45 Barrère (2003), p. 4.

46 Rubio (2012), p. 71.

47 Rubio (2012), p. 71.

48 Rosenfeld (1991), pp. 296 y 297.

49 Blum (2013), pp. 185-187.

Aunque los listados de “clasificaciones sospechosas” están redactados en términos neutrales (pues se aluden, sin más, a la raza, sexo, orientación sexual, etcétera, sin mencionar explícitamente los colectivos desfavorecidos), su interpretación a la luz de la directriz que se viene comentando debería limitar su ámbito de protección a los grupos subordinados, cuestionando aquellas medidas que tiendan a perpetuar su estatus de inferioridad⁵⁰. Es necesario, por tanto, conciliar la aplicación de estos listados —tributarios de una concepción formal y simétrica de la igualdad— con los dictados de este paradigma.

Frente a la visión hegemónica que concibe a la igualdad como “un presupuesto y no [...] una meta”⁵¹, en la que no se cuestionan estructuras ni formas de organización política y económica que dividen a la sociedad en grupos con diverso nivel de bienestar, que “asume que determinado *status quo* [...] constituye una suerte de orden natural”⁵², la perspectiva antisubordinación tiene una vocación “emancipadora”⁵³. Además, cuenta con una faceta transformadora de la que deriva una exigencia que impone al Estado un deber de adoptar medidas destinadas a la inclusión de los grupos sociales desaventajados.

Dado que la condición migratoria surge de procesos sociales asociados a la desigualdad social y la etno-estratificación del mercado del trabajo, el sujeto migrante es una categoría del orden social que se construye desde la alteridad, la invisibilización e hipervisibilidad de las personas migrantes⁵⁴. En Chile, dicha situación se aprecia desde la época colonial, constatándose procesos de exclusión material y simbólica de migrantes y otros grupos, basadas en procesos de racialización. Marco en el cual también concurren la sexualización, la negritud y la nacionalidad. Estos factores operan no de manera meramente acumulativa, sino interdependiente⁵⁵.

Las políticas migratorias restrictivas se basan en un concepto de ciudadanía dependiente de la nacionalidad⁵⁶, y la falta de acceso a la ciudadanía limita seriamente el acceso de las personas migrantes a los derechos más básicos⁵⁷, exponiendo a este colectivo a situaciones de precariedad social y económica. La institucionalización de la temporalidad del estatus legal de

50 Saba (2016), pp. 122-124.

51 Clérico y Aldao (2011), p. 166.

52 Clérico y Aldao (2011), p. 166.

53 Barrère (2018), pp. 11-42.

54 Sampedro (2012), pp. 55 y 60.

55 Tijoux (2019), pp. 358 y 364-365.

56 Pisarello (2005), p. 16. Sobre residencia y reciprocidad véase Lages (2018), p. 40, y Pisarello (2005), p. 52. Sobre ciudadanía multilateral véase a Juárez (2015), p. 21.

57 Thayer (2019), p. 309.

las personas migrantes, con el condicionamiento total o parcial de sus derechos⁵⁸, les sitúa en situaciones de desigualdad estructural y da lugar a la cuestionada relación entre nacionalidad, ciudadanía y el reconocimiento igualitario de derechos⁵⁹. Desde este punto de vista, las personas de origen extranjero constituyen un grupo social subordinado. Por esta razón, el eventual carácter discriminatorio de las leyes, medidas y decisiones que les afecten, debe dirigirse a verificar su potencial de exacerbar o reforzar la condición desaventajada de este colectivo.

Como hemos adelantado, la Ley N.º 21.325 incorpora, en términos generales, una lectura de la igualdad simétrica y formal, insistiendo en una asimilación entre discriminación y arbitrariedad, y estableciendo una conexión innecesaria entre la constatación de la discriminación y la afectación a otro derecho fundamental. El carácter discriminatorio de las leyes y medidas que incidan sobre el colectivo extranjero se determinará, según dispone, mediante el examen de su razonabilidad y no a partir de su potencial de afianzar la subordinación del grupo citado.

Pese a estas debilidades, algunas de sus normas podrían impulsar una comprensión de la igualdad a la luz del principio antesubordinación. Por ejemplo, su artículo 4, dedicado al interés superior del niño, niña y adolescente, establece que el Estado debe garantizar el “pleno ejercicio” de los derechos reconocidos a este colectivo, “cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que los tengan a su cuidado”, en clara alusión a la situación de especial vulnerabilidad de los niños y niñas en situación migratoria irregular, que son, precisamente, los más expuestos a la exclusión. Similar preocupación es la que inspira el último párrafo de su artículo 13, que dispone que las mujeres migrantes gozarán de protección “cualquiera que sea su situación migratoria”. Además, precisa que, en situaciones de vulnerabilidad extrema, como la que rodea a las “las mujeres embarazadas, víctimas de trata de personas, o de violencia de género o intrafamiliar, u objeto de tráfico de migrantes”, el Estado debe garantizar una protección “especial”. Ambos grupos están particularmente expuestos a la exclusión, la marginalización y a la violencia, más aún en contextos complejos como el que representa la denominada migración irregular. Las referencias explícitas hacia estos colectivos revelan una consciencia de las desventajas derivadas de su estatus migratorio que debería hacerse extensiva al tratamiento de la inmigración en general.

58 Thayer (2019), p. 311.

59 Juárez (2015), p. 18.

3.2 LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA IGUALDAD EN CHILE FRENTE A LA MIGRACIÓN

La Constitución vigente afirma que “ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias” (artículo 19 N.º 2). No recoge expresamente ni un derecho fundamental a no ser discriminado ni contiene un mandato para fomentar medidas destinadas a combatir la situación de exclusión de ciertos grupos. Si se adoptase una interpretación literal de este mandato, podría señalarse que lo prohibido es el trato arbitrario y, según la RAE, arbitrario es aquello “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o la razón”. Así, las disposiciones constitucionales citadas blindan un orden social en el que “reina la desigualdad”⁶⁰. Pese a ello, puede afirmarse que la igualdad y el derecho a no ser discriminado son constitutivos de la comunidad política y que es posible trascender de una visión formalista del mismo.

La Ley N.º 20.609, que establece medidas contra la discriminación, conceptualiza la “discriminación arbitraria” como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución [...] o en los tratados internacionales sobre derechos humanos”. La fragilidad que ofrece este conjunto normativo se aprecia en la definición de discriminación que se vincula a la noción de arbitrariedad, un concepto ajeno a una comprensión asimétrica de la discriminación que es la que defendemos. Como refiere José Díaz de Valdés, “pareciera establecer que el derecho a no ser discriminado... cede frente a cualquier otro derecho y frente a cualquier otra ley o al orden público”⁶¹.

La conceptualización laxa de la discriminación que ofrece la citada ley también se manifiesta en la exigencia de una “justificación razonable” para valorar la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias de trato, dejando de lado el examen de su carácter subordinante por incidir en el estatus de los colectivos desfavorecidos. Otro aspecto llamativo es que la protección antidiscriminatoria se condiciona a la afectación al ejercicio de otro derecho fundamental.

La ausencia de reconocimiento expreso de un derecho fundamental a no ser discriminado de la Constitución y la configuración legal defectuosa que prevé la Ley N.º 20.609, ha debilitado seriamente la comprensión y desarrollo de la igualdad. Estas carencias tampoco han sido remediadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶², que no propone un desarrollo

60 Para Muñoz (2013b), pp. 93-94 y 99-103, entre los mecanismos bajo los cuales la desigualdad se ancla en la Constitución, se encuentran la manera en que se protege la propiedad (artículo 19 N.º 21 y N.º 24), o el proceso legislativo, que tiende a preservar del orden constitucional, mediante instituciones como el Tribunal Constitucional.

61 Díaz (2018), p. 205.

62 Esparza-Reyes (2019), p. 13.

coherente con la realidad excluyente que rodea a las personas de origen extranjero⁶³.

La construcción del derecho a no ser discriminado en la jurisprudencia constitucional chilena se configura a partir de la idea de la *razonabilidad*, criterio que es usado por el TC como fórmula que no requiere justificación. Pese a la omisión de la prohibición de discriminación en la Constitución, el Tribunal Constitucional la ha incorporado, aunque no de manera consistente, sino de forma ocasional, generando “*incertidumbres e inconsistencias*”⁶⁴.

Cabe señalar que en el derecho internacional existen cláusulas de prohibición de discriminación de carácter general y alcance amplio (como la nacionalidad), presentes en los principales pactos internacionales. También se aprecian intentos por configurar una protección reforzada de los grupos vulnerables en instrumentos especiales como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁶⁵.

Según Courtis, el Sistema Interamericano entiende que algunas distinciones que afectan a grupos vulnerables pueden fundarse en la aplicación de las denominadas “categorías sospechosas” y, por tanto, las razones que deben esgrimir los Estados para distinguir deben ser particularmente fuertes⁶⁶. En este sentido, afirma la Corte IDH, “[s]i bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios”⁶⁷. Pero la apuesta por la doctrina de las clasificaciones sospechosas, un marco analítico de origen norteamericano, no está libre de problemas destacados en diversos trabajos por la academia. Tal vez el principal es que no reconoce, explícitamente, que son los grupos subordinados el objeto de protección del derecho fundamental a no ser discriminado y que las medidas que se cuestionen deben ser las que afianzan su posición desfavorecida⁶⁸.

Pero la Corte IDH también ha incursionado en un entendimiento del derecho a no ser discriminado compatible con el paradigma antisubordinación. En la sentencia *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, por ejemplo, la Corte definió a las mujeres como un grupo subordinado, señalando que su estatus se explica en “prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos

63 Para Díaz (2018), p. 190, “las categorías sospechosas no han sido propiamente incorporadas al derecho chileno”.

64 Díaz (2018), p. 201.

65 Courtis (2010), pp. 107-108.

66 *Ibid.*

67 Corte IDH (2019), p. 27.

68 Saba (2012), pp. 247-286; Castro (2014), pp. 67-88; y Castro (2016).

se reflejan, implícitamente o explícitamente, en políticas y prácticas”⁶⁹. Además, vinculó la subordinación de las mujeres a una situación de discriminación estructural y justificó así la naturaleza transformadora que deben caracterizar a las reparaciones cuando se encuentren involucrados estos colectivos, en el sentido de que deben tener “un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”⁷⁰. Paralelamente, existe un desarrollo que vincula la noción de vulnerabilidad con la necesidad de proteger a ciertos colectivos tradicionalmente excluidos y que, pese a tener un enorme potencial, está aún en una fase de desarrollo inicial y no está libre de peligros resaltados por la doctrina⁷¹.

En lo atinente a las personas de origen extranjero, la Corte IDH ha reconocido la desigualdad estructural en la que se encuentran, pero aún no propone medidas concretas para enfrentar esta situación, más allá de una genérica *protección reforzada*. A este respecto ha señalado que “los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes)”. Esta posición de desapoderamiento, como bien afirma la Corte IDH, “se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”⁷². No existen mayores avances en orden a superar estas condiciones y muchas veces se favorece, aunque explícitamente, la soberanía de los Estados a la hora de determinar el estatuto jurídico de las personas migrantes.

El debate jurídico chileno ha examinado de manera fragmentada las dimensiones constitucionales de la migración y su relación con la igualdad. La interpretación jurisprudencial de la igualdad que elabora el TC, impactará en dos ámbitos relevantes para las condiciones de vida de las personas migrantes: residencia y derechos⁷³.

4. Jurisprudencia constitucional, migración, igualdad, no arbitrariedad y no discriminación

La jurisprudencia del TC examinada en este apartado se elabora al analizar tanto el D. L. N.º 1.094 como la ley de migración y extranjería, pues en dos fallos el Tribunal examina la

69 Corte IDH (2009), párrafo 401.

70 *Ibid.*, párrafo 450.

71 Beloff y Clérico (2016), pp. 139-178.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), p. 11.

73 Las sentencias del TC en esta materia son: Roles N.º 2273 y N.º 2257, del 4 de julio y el 10 de septiembre 2013; Rol N.º 4757 del 19 de julio de 2018; Rol N.º 9930 del 29 de enero de 2021, sobre constitucionalidad de la nueva ley de migración y extranjería; y Rol N.º 9939-20 CPR, sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre migración y extranjería de 1 de abril de 2021.

constitucionalidad de la nueva ley. También estudiaremos los criterios del TC al analizar la constitucionalidad de un decreto supremo relevante en la materia. Resaltamos que el marco constitucional de referencia ha permanecido y no ha sido reformado a la hora de examinar todas estas normativas.

El TC ha abordado la migración en su jurisprudencia desde dos vertientes. La primera, se refiere a los límites a la discrecionalidad de la autoridad en campos como las expulsiones de personas migrantes y el ejercicio de competencias en el control migratorio. La segunda, analiza las tensiones que se producen en torno a igualdad, no arbitrariedad y no discriminación. En este examen, los criterios más críticos del Tribunal se han centrado en fijar límites a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, mientras que, en materia de igualdad, sus consideraciones son menos robustas.

En efecto, diversos votos en mayoría del TC no elaboran argumentos consistentes para justificar las diferencias de trato entre chilenos/as y extranjeros/as, ni para descartar su carácter discriminatorio. Este hecho no es aislado. Analizando jurisprudencia constitucional sobre categorías sospechosas, afirma Díaz de Valdés que en realidad en Chile “ni en la Constitución ni en la ley existe un reconocimiento explícito de esta noción, ni tampoco una singularización clara de sus efectos”, por lo que, afirma, su incorporación al derecho chileno *es aún dudosa*⁷⁴. Díaz de Valdés reconoce que el TC comienza a utilizar esta categoría en votos de minoría, aunque con errores e inconsistencias.

El estudio de la jurisprudencia permite distinguir además dos etapas en el tratamiento de la igualdad y la no discriminación. La primera se desarrolla en el año 2013 y se caracteriza por ser garantista, ya que analiza de forma más cuidada el principio de igualdad y no discriminación. En la segunda, que inicia en el año 2018, el Tribunal asume definitivamente una inclinación formal que tiende a convalidar distinciones entre nacionales y extranjeros a la luz del estándar de la *razonabilidad*, sin proponer mayores fundamentos, salvo en votos de minoría.

4.1 LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD Y EJERCICIO DE COMPETENCIAS EN EL CONTROL MIGRATORIO

Las primeras sentencias en esta materia fueron dictadas en el año 2013, en un contexto de un flujo migratorio moderado hacia Chile y son aquellas que hemos llamado más garantistas; por el contrario, el incremento de los flujos migratorios⁷⁵ coincide con un análisis más

74 Díaz de Valdés (2018), p. 215.

75 Departamento de Extranjería y Migración. [Disponible en: [https://www.extranjeria.gob.cl/noticias/tercera-estimacion-de-poblacion-extranjera-residente-en-chile/#:~:text=Los%20resultados%20muestran%20que%20la,personas%20\(12%2C4%25\)](https://www.extranjeria.gob.cl/noticias/tercera-estimacion-de-poblacion-extranjera-residente-en-chile/#:~:text=Los%20resultados%20muestran%20que%20la,personas%20(12%2C4%25))].

restrictivo de los límites a la discrecionalidad y menos robusto en materia de igualdad.

Dos sentencias analizaron en el año 2013 la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas del D. L. N.º 1.094 sobre expulsión de personas migrantes. La primera, Rol N.º 2273-12-INA, declaró inaplicable el art. 13 por considerar que la potestad discrecional que el D. L. reconoce al Ministerio del Interior para rechazar solicitudes de visado es contraria a la Constitución por arbitraria y excesiva. Importante destacar la incidencia de estos criterios en la nueva ley de migración donde estas normas han sido suprimidas y cambiadas por un régimen basado en el debido proceso y acceso a la justicia.

El TC afirma que esta potestad tiene los siguientes límites: a) la entrada al país no se puede restringir en caso de solicitantes de asilo; b) el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo que la Constitución habilite distinguir de forma expresa; c) que, si bien se puede restringir el acceso al país de los extranjeros, una vez en el país, estos tienen todos los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, más si su ingreso es legal; d) que las reglas que restringen el acceso al país deben ser proporcionales; e) que existen un conjunto de normas en el DIDH que limitan la facultad estatal para expulsar a los no nacionales.

El TC analiza la inclinación de la *máxima discrecionalidad* del D. L. N.º 1.094, afirmando que debe reemplazarse “por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”⁷⁶. Según el TC, las facultades de Ministerio del Interior, tal y como fueron diseñadas en el D. L., son *preconvencionales* y *preconstitucionales* y existe un nuevo estándar para evaluar las potestades del Ministerio del Interior en virtud de un conjunto de tratados ratificados por el país⁷⁷. Luego de este fallo, otro dictado meses después, Rol N.º 2257-12-INA, rechaza un requerimiento semejante por empate de votos⁷⁸.

76 Tribunal Constitucional, Rol N.º 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerando 40°.

77 Afirma el TC: “no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley N.º 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N.º 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N.º 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”. Tribunal Constitucional, Rol N.º 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerando 50°.

78 Tribunal Constitucional, Rol N.º 2257-12, de 10 de septiembre de 2013.

En 2018, en un contexto de mayor presión migratoria, en fallo Rol N.º 4757-18 CDS, el TC se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 776 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que crea la exigencia de una Visa Consular de Turismo para nacionales de Haití. Sobre este visado, el Tribunal afirma que es propio de las facultades del Ministerio del Interior. En una brevísima reflexión, el TC afirma: “el fin señalado es racional y constitucional, comoquiera que responde a la función de ejecución del D. L. N.º 1.094 que la Constitución ha encargado al Ejecutivo. El medio también se presenta como racional, pues el registro es una de las alternativas para lograr el cumplimiento de la legislación de inmigración, siendo además el menos drástico, en comparación con otros arbitrios contemplados en la ley, como son la prohibición de inmigrar [...]”.

En cuanto la nueva ley de migración, más adelante, la sentencia Rol N.º 9930-20-CPL se refiere a un requerimiento de inconstitucionalidad sobre normas contenidas en la nueva ley de migración y extranjería, acogiendo parcialmente. El TC declara la inconstitucionalidad de diversas normas, por ejemplo, la que autoriza a la autoridad para exigir visa consular para nacionales de determinados países, cuando manifiesten un “bajo cumplimiento de las normas migratorias”. El TC afirma que “[...] su estructura indeterminada transforma la discrecionalidad máxima en arbitrariedad, afectando el artículo 19, numeral 2º de la Constitución. Y [...] porque convierte el límite a la libertad personal, en la regla general [...]”⁷⁹. El tribunal agrega que “[s]e trata de una regla excesiva por el amplísimo rango de preguntas sin respuestas [...] ¿Cuál es el margen tolerable? ¿Cuál es el lapso de tiempo evaluado ‘de las normas migratorias’? ¿Qué tipo de normas migratorias, las legales o las administrativas? Hay un sinnúmero de normas y, evidentemente, no todas son merecedoras del mismo reproche [...]”⁸⁰.

Así, se observan criterios pendulares en el control de las atribuciones de la autoridad migratoria. Si bien desarrolla una perspectiva crítica en la sentencia Rol N.º 2273, basada en la Constitución y el DIDH, esta visión no se aplica al caso de la visa consular para personas provenientes de Haití, aunque sí se retoma tibiamente en el examen de la nueva ley de migración.

4.2 IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESO A DERECHOS

En esta materia, el Tribunal Constitucional involuciona desde una perspectiva con una clara tendencia garantista, hasta un análisis más formalista.

La sentencia Rol N.º 2273-12-INA contiene ideas de corte garantista —que serán precisa-

⁷⁹ Tribunal Constitucional, Rol N.º 9930-20, de 29 de enero de 2021, considerando 58º.

⁸⁰ *Ibid.*, considerando 59º.

das restrictivamente en jurisprudencia futura—. El TC afirma que donde la Constitución no habilita a distinguir no es lícito hacerlo, “la Constitución, en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional”⁸¹.

En este caso, al que nos referimos antes, el Tribunal opta por el estándar de las denominadas categorías sospechosas, que supone someter a las leyes que establecen distinciones tomando como base la extranjería (u otros criterios como la raza, por ejemplo) a un examen o juicio exigente o estricto. El TC afirma que cuando la diferencia se basa en la nacionalidad o la raza, “distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución”. Estas distinciones, afirma, “no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional, que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional”⁸². De este modo, las clasificaciones basadas en la extranjería serían evaluadas con rigurosidad. La razón de esta desconfianza es la probabilidad de que estas normas se funden en el prejuicio hacia el colectivo afectado.

Aunque el TC reconoce la igualdad entre nacionales y extranjeros salvo que la Constitución habilite la diferencia, y afirme que las distinciones entre nacionales y extranjeros son especialmente odiosas, los criterios sobre los que descansa su decisión tienen dos limitaciones. Primero, la equiparación entre discriminación y diferenciación o distinción revela un entendimiento formal de la igualdad que se encuentra en las antípodas de la orientación en clave antisubordinación, que permite cuestionar cualquier medida, política o decisión, al margen de su fisonomía, siempre que tienda a reafirmar la posición de desventaja de ciertos colectivos. Segundo, la insistencia en conceptualizar la igualdad a la luz de clasificaciones o rasgos de carácter sospechoso, aunque supone un examen estricto de estas clasificaciones, no alcanza a reconocer que son los grupos desaventajados quienes deben ser objeto de protección por el derecho a no ser discriminado. El análisis del Tribunal, aunque más garantista, no llega a reconocer la situación de desapoderamiento que caracteriza a este colectivo.

A partir de esta sentencia, el TC abordará el derecho a la igualdad desde una perspectiva más formal, encaminada a ratificar la diferencia basada en categorías como la nacionalidad, sin profundizar en la justificación del uso de una categoría sospechosa, abandonando cualquier consideración de la vulnerabilidad que solo reaparecerá en votos de minoría.

En 2018, Rol N.º 4757-18 CDS, sobre la inconstitucionalidad de una Visa Consular de Turismo para nacionales de Haití, el TC afirma que este visado especial, aplicable solo a perso-

81 Tribunal Constitucional, Rol N.º 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerando 35º.

82 *Ibid.*, considerando 33º. Sobre el ejercicio del derecho a la libre locomoción, el considerando 37º de esta decisión afirma que no puede restringirse en razón de la nacionalidad.

nas provenientes de Haití, no afecta el principio de igualdad y no discriminación, dado que “el Decreto Supremo N.º 776 recoge un acto administrativo ajustado al derecho constitucional, en cuanto a sus fundamentos y finalidad”, aplicando ahora un estándar débil para revisión de la diferencia. Se trataría en efecto de una “diferencia permitida”, dado que en el ordenamiento interno no ha desaparecido la categoría “extranjero ni las consecuencias ilícitas que se derivan de ello”⁸³.

Agrega que el D. L. N.º 1.094, al establecer diferencias, está “[c]ontemplando a este efecto las categorías de turistas, residentes e inmigrantes, nítidamente diferenciadas entre sí por factores objetivos e impersonales, que nada tienen que ver con el odio, la xenofobia ni con ningún otro sentimiento espurio o ánimo de hostilidad”⁸⁴. El TC afirma que “se está en presencia aquí de un decreto presidencial que, por su propia naturaleza y por mandato legal, debe efectuar diferencias en razón justamente de la nacionalidad de sus destinatarios. Si el problema que el Decreto objetado trata de remediar se ha producido en relación con los turistas haitianos, es obvio que el mismo tratamiento no se puede hacer extensivo a los turistas provenientes de otro país, sin riesgo de incurrir en una indebida equiparación entre desiguales”⁸⁵.

Es en voto de minoría (Ministros García y Pozo) que, invocando estándares del DIDH y aplicando el *test* de proporcionalidad, se concluye que “[l]a decisión de limitar la migración haitiana, sin que existan argumentos razonables para considerar este caso como especial o distinto, unido a las categorías sospechosas de diferenciación permite afirmar que se trata de una diferenciación arbitraria y, por ende, discriminatoria, vulnerando el artículo 19, numeral 2º, de la Constitución, lo que nos lleva a acoger el presente requerimiento y estimar la inconstitucionalidad del decreto impugnado”⁸⁶.

El Tribunal también se refiere a la nueva ley de migración en la sentencia Rol N.º 9930-20-CPL⁸⁷, que gira en torno a las mismas cuestiones antes analizadas: excesiva discrecionalidad, igualdad y no discriminación y afectación de derechos fundamentales. Se trata de un requerimiento de inconstitucionalidad contra de la nueva ley de migración y extranjería, boletín N.º 8.970-06. La sentencia acoge parcialmente el requerimiento.

Sobre la igualdad y el derecho a no ser discriminado, el Tribunal mantiene un entendimiento formal de la igualdad y evita pronunciarse sobre la posición subordinada de las personas migrantes. Así, parte por reafirmar en su considerando N.º 10 la idea de la igualdad entre

83 *Ibid.*, considerando 15º.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*, considerando 156º. Voto de minoría.

87 Tribunal Constitucional, Rol N.º 9930-20, de 29 de enero de 2021.

nacionales y extranjeros en la Constitución: “el artículo 19 al emplear la palabra ‘personas’, no realiza distinciones entre chilenos y extranjeros, asegurándoles a ambos el catálogo de derechos, existiendo, por ende, una titularidad genérica”⁸⁸. Sin embargo, más adelante precisa que *persona* no incluye a las personas extranjeras en situación irregular o indocumentada en lo que se refiere a la libertad de locomoción. Este punto resulta especialmente preocupante pues este grupo enfrenta mayores desventajas y se encuentra más expuesto a la exclusión.

Nos preguntamos para este caso que si el reconocimiento de la igualdad se basa en el ser persona —las personas “nacen libres e iguales”—, ¿en qué momento se agrega la condición documentada para ese reconocimiento? Se trata de una construcción argumentativa sin estándar estricto que en el derecho comparado se introduce expresamente. Sobre libre locomoción el TC afirma que “se trata de un derecho que [...] solo nace una vez satisfechas las condiciones legales previstas al efecto, de manera que al no reunirse estos requisitos indispensables carece de existencia el aludido derecho”⁸⁹. Agrega luego que “hacer una ‘diferencia’ no implica de suyo crear una ‘discriminación’”⁹⁰. Y considera que “al extranjero y a toda persona que se encuentre en Chile sin dar cumplimiento a las leyes que regulan su ingreso y permanencia, la Constitución le niega la garantía de la libertad de locomoción. La condición para gozar de tal prerrogativa es cumplir la ley, que constituye el mínimo ético, según señala la filosofía del derecho”⁹¹.

Respecto al derecho a la vivienda propia, que el proyecto de ley de migración reconoce solo a las personas migrantes titulares de residencia definitiva, el TC considera que es coherente con la Constitución, “porque reprocha aisladamente un sistema legal. Y, segundo, porque interpreta bajo un supuesto errado: esta no es la Constitución de los migrantes en Chile”⁹². La sentencia justifica el uso de categorías sospechosas para introducir diferencias entre nacionales y extranjeros, sancionando la irregularidad con la limitación en el acceso a un derecho que se impone por sobre el de la igualdad.

La sentencia también declara la inconstitucionalidad de otras normas en base a problemas de indefinición⁹³; límites a la discrecionalidad de la autoridad⁹⁴; excesiva limitación de dere-

88 *Ibid.*, considerando 10°.

89 *Ibid.*, considerando 26°.

90 *Ibid.*, considerando 29°.

91 *Ibid.*, considerando 33°.

92 *Ibid.*, considerando 46°.

93 *Ibid.*, considerandos 58°-62°. También por excesiva discrecionalidad, el TC declara la inconstitucionalidad de la norma que sanciona al empleador que contrate trabajadores migrantes no documentados con multas.

94 *Ibid.*, considerando 123°.

chos⁹⁵; interés superior de los niños, niñas y adolescentes⁹⁶ y otros exámenes de la igualdad y no discriminación⁹⁷.

Al analizar el *principio de igualdad y la diferencia arbitraria*, el Tribunal exhibe una concepción individualista, simétrica y formal de la igualdad. Mientras que el principio de igualdad ante la ley “impide que las normas jurídicas traten de forma distinta a las personas que se encuentran en las mismas circunstancias”, la “discriminación arbitraria” es definida como aquella “que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentren en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón”.

Por último, otra sentencia, Rol N.º 9939-20 CPR⁹⁸, sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre migración y extranjería, no aporta nuevas reflexiones sobre la igualdad y no discriminación, salvo en cuanto ordena eliminar de la ley una norma que establecía que las Cortes de Apelaciones se pronunciaban en *única instancia* sobre medidas de expulsión, considerando el TC que esta limitación (única instancia) compromete un *proceso racional y justo*.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia constitucional retrocede desde un incipiente garantismo hacia un examen formalista de la igualdad que es coincidente con el incremento de los flujos migratorios hacia Chile. Thayer, Stang y Dilla identifican lo que llaman políticas migratorias del *estado de ánimo*, como resultado de la ausencia de una verdadera política estable⁹⁹. Este estado de ánimo cambiante y reactivo a los flujos migratorios se reproduce en los criterios del Tribunal Constitucional que abandona lo que pudo ser un desarrollo de la igualdad sensible a la condición subordinada de las personas migrantes.

Para Esparza, la debilidad del tratamiento a la igualdad se debe a la ausencia de reconocimiento del derecho a no ser discriminado en la Constitución, una situación que propicia la desprotección de los colectivos desaventajados¹⁰⁰. Pese a esta carencia, como afirma Esparza, existen otros dispositivos en el ordenamiento nacional, además de los estándares elaborados por la Corte IDH, que pueden colaborar con la tarea de los jueces para suplir esta falencia. La adopción del principio de antisubordinación, por tanto, no solo es necesaria, también es plausible.

95 *Ibid.*, considerandos 145°-148°.

96 *Ibid.*, considerandos 109° y 110°.

97 Tribunal Constitucional, Rol N.º 9930-20, de 29 de enero de 2021, considerandos 155°-161°.

98 Tribunal Constitucional, Rol N.º 9939-20, de 1 de abril de 2021.

99 Thayer *et al.* (2020), p. 181.

100 Esparza-Reyes (2019), p. 21.

En materia de igualdad y no discriminación en la nueva ley conviven dos tendencias. Aunque la regulación contiene normas aisladas en clave antisubordinación, estas coexisten con otras que se asientan sobre un entendimiento clásico de la igualdad, que tienen un claro predominio, y cuya presencia hace difícil predecir el curso de la jurisprudencia del TC en esta materia.

En el marco del proceso para la elaboración de una nueva Constitución es de resaltar la inclusión de diversos elementos que permiten superar la insuficiencia de una concepción exclusivamente formal de la igualdad, caracterizada por su indiferencia a las gradaciones de estatus entre los grupos sociales. Esto se aprecia no solo en las alusiones a la igualdad sustantiva, también en la incorporación de algunos elementos inspirados en el principio antisubordinación. Entre estos destaca el reconocimiento de “grupos históricamente excluidos y de especial protección”, contenida en el artículo 3, que ordena la adopción de medidas específicas para propiciar su participación política. Las mujeres, niñas y minorías sexuales son mencionadas en el artículo 6, a efectos de garantizar su inclusión e integración en la sociedad. De especial relevancia es el reconocimiento de las “medidas afirmativas”, para garantizar la participación y representación política de las personas con discapacidad.

Aunque hasta la fecha no se ha llegado a abordar el estatuto jurídico de la migración, es sabido que existen tensiones en esta materia, que van desde el reconocimiento y extensión de la igualdad, hasta un estatuto jurídico diferenciado y semejante al que hemos conocido hasta ahora. Podemos anticipar que la igualdad y el derecho a la no discriminación continuarán siendo uno de los ejes del debate constituyente, y, en este contexto, el principio de antisubordinación debería tener un lugar relevante en el texto propuesto al país para su aprobación.

5. Conclusiones

La comprensión formal, neutral y simétrica de la igualdad y del derecho a no ser discriminado es el enfoque de la jurisprudencia constitucional en materia migratoria. Mientras en su primera jurisprudencia el TC afirmaba que la Constitución no distingue entre nacionales y extranjeros, en su última sentencia agrega un criterio nuevo, restrictivo. La condición migratoria indocumentada eliminaría la protección antidiscriminatoria. Aun cuando la Constitución declara que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1), el derecho a la igualdad y a no ser discriminado no alcanzaría a personas en condición migratoria indocumentada. Y ellos son uno de los colectivos más expuestos a la exclusión, al prejuicio y a la criminalización.

La ausencia de una consideración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado orientado a la protección de los grupos subordinados, permite validar medidas que sin duda impactan negativamente sobre un colectivo vulnerable. El TC desarrolla más el examen de la corrección funcional y la limitación de la discrecionalidad. Se trata de un control que se dirige al limitar el orden autoritario construido en el D. L. N.º 1.094 que proviene de la dictadura y que es superado por la nueva ley de migración.

La igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado constituyen un pilar fundamental en todo Estado Constitucional, cuyo aseguramiento cobra mayor relevancia en países con elevados niveles de exclusión. La experiencia comparada demuestra que los procesos de cambio en la comprensión de este derecho fundamental —que lo han orientado desde una óptica formal hasta una antisubordinación— no han requerido venir acompañados de procesos de reforma constitucional. El advenimiento de la perspectiva antisubordinación se ha producido en el marco de la interpretación de las disposiciones constitucionales y de desarrollos dogmáticos sin necesidad de modificaciones formales de las cláusulas constitucionales. El Constitucional chileno, por tanto, contaba con herramientas dogmáticas y experiencias comparadas para adoptar una postura frente a la compleja realidad de la migración. Más aún si se consideran las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a las que se encuentra vinculado el Estado chileno.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha actuado con mayor rigor en el control del poder y sus límites, participando con énfasis en lo que se refiere a la discrecionalidad en materia migratoria, que es coherente con la nueva ley de migración que elimina normas como el artículo 13 del D. L. N.º 1.094, por concentrar un excesivo poder en la autoridad a la hora de conceder autorizaciones de ingreso al país.

Es de esperar que en el proceso constituyente en curso se robustezca la densidad de la igualdad y la no discriminación, piedra angular de las sociedades democráticas y parte de lo que la ciudadanía ha expresado en el proceso político para definir una nueva Constitución.

Bibliografía citada

- Abraimovich, Víctor y Pautassi, Laura (2009): “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en Abraimovich, Víctor y Pautassi, Laura (Eds.), *La revisión judicial de las políticas sociales, estudio de casos* (Buenos Aires, Marcial Pons) pp. 279-340.
- Anderson, Elizabeth (2016): “¿Cuál es el punto de la igualdad?”, en Gallego, Javier y Bullemore, Thomas, *Igualitarismo. Una discusión necesaria* (Santiago, Centro de Estudios Públicos) pp. 45-104.
- Balkin, Jack y Siegel, Reva (2003): “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Anti-subordination?”, en *University of Miami Law Review* (N.º 58), pp. 9-33.
- Barnes, Javier (2016): “El sujeto privado en la constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto a protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en Asociación de Letrados Del Tribunal Constitucional, *La Constitución económica* (Madrid, Centro de Estudios Públicos) pp. 12-33.
- Barrère, María Ángeles (2003): “Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* (N.º 9), p. 26.
- _____ (2018): “Filosofías del Derecho Antidiscriminatorio: ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (N.º 34), pp. 11-42.
- Bassa, Jaime (2007): “Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los migrantes”, en *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho* (N.º 1), pp. 17-41.
- Bassa, Jaime y Torres, Fernanda (2015): “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 13, N.º 2), pp. 103-124.
- Bazán, Víctor (2011): “El control de convencionalidad: Incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 17-55.
- Beloff, Mary y Clérico, Laura (2016): “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales* (Año 14, N.º 1), pp. 139-178.
- Bourdieu, Pierre (2007): *El sentido práctico* (Traducc. Ariel Dilon, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- Blum, Lawrence (2013): “Racial and other Asymetries. A problem for the protected categories framework for Anti-Discrimination thought”, en Hellman Deborah, Moreau Sophia (Ed.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 182-199.

- Castro, Karin (2014): “La determinación de los grupos protegidos por la *Equal Protection Clause*”, en Cuesta López, Víctor, Santana Vega, Dulce María y López Aguilar, Juan Fernando (Coords.), *Estado de Derecho y discriminación por género, orientación e identidad sexual* (Madrid, Aranzadi, Thomson, Reuters) pp. 67-88.
- (2016): “El matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América”, en *Revista General de Derecho Constitucional* (N.º 22), pp. 1-20.
- Clérico, Laura y Aldao, Martín (2011): “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 9, N.º 1), pp. 157-197.
- (2018): “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos* (N.º 89), pp. 141-179.
- Courtis, Christian (2010): “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado* (N.º 24), pp. 105-141.
- Díaz, José Manuel (2018): “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 50, N.º 1), pp. 189-218.
- Díaz, Regina (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 14, N.º 1), pp. 179-220.
- Domínguez, Cecilia (2016): “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional ¿Cede los Derechos Humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 43, N.º 1), pp. 189-217.
- Esparza-Reyes, Estefanía (2017): “Apuntes sobre la compleja relación entre el derecho a la igualdad y la diferencia”, en *Revista Jurídicas* (Vol. 14, N.º 1), pp. 71-86.
- (2019): “Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación en Chile”, en *Cuestiones Constitucionales* (N.º 40), pp. 3-37.
- Fiss, Owen (1977): *Groups and the Equal Protection Clause. Equality and Preferential Treatment. A Philosophy & Public Affairs Reader* (Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press).
- Galdámez, Liliana (2008): “La progresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Vol. 15, N.º 1), pp. 139-158.
- (2013): “Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N.º 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D. L. N.º 1.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N.º 2257-12-INA”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 11, N.º 2), pp. 769-782.

- González, Marcos (2021): *Un Análisis del concepto y casos de buenas prácticas en materia migratoria: Examen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado*. Tesis de pregrado.
- Juárez, Rodrigo (2015): “La ciudadanía en el escenario de la globalización”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Vol. 6, N.º 1), pp. 13-34.
- Lages, Rita (2016): “Migración internacional y Derecho: Una reflexión en clave de Derechos Humanos”, en *Revista Anales* (Vol. 7, N.º 16), pp. 27-45.
- Mackinnon, Catharine (2014): *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho* (Traducc. Teresa de Arijón, con la colaboración de Marcela Rodríguez, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- Méndez, Roberto (2019): “Migración, datos y perspectivas para un diálogo complejo”, en Rojas, Nicolás y Vicuña, José Miguel (Eds.), *Migración en Chile. Evidencias y mitos de una nueva realidad* (Santiago, Lom Ediciones) pp. 375-391.
- Muñoz, Fernando (2013a): “El rol del derecho en la creación de una comunidad de iguales”, en *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (Santiago, Lom Ediciones) pp. 21-29.
- _____ (2013b): “La Constitución de la desigualdad”, en *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (Santiago, Lom Ediciones) pp. 93-114.
- Paúl, Fernanda (2021). “¿El fin del ‘sueño chileno’?: los migrantes que luchan por permanecer en un país que les cierra las puertas”. [Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56999711>]. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2021].
- Pisarello, Gerardo (2005): “Derechos Sociales e Inmigración: Razones para una comunidad de iguales”, en *Vniversitas* (Vol. 54, N.º 110), pp. 13-60.
- Rojas, Nicolás, Silva, Claudia y Gálvez, Diego (2019): “Condiciones de vida de los migrantes en territorio chileno: caracterización comparativa con la población nacional y sus contextos de origen”, en Rojas, Nicolás y Vicuña, José Miguel (Eds.), *Migración en Chile. Evidencias y mitos de una nueva realidad* (Santiago, Lom Ediciones) pp. 261-296.
- Rosanvallon, Pierre (2012): “Reflexiones sobre la igualdad en una era de desigualdades”, en *Estudios Internacionales* (Vol. 44, N.º 172), pp. 119-135.
- Rosenfeld, Michel (1991): *Affirmative action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry* (New Haven, Londres, Yale University Press).
- Rubio, Ana y Gil, Juana María (2012): *Dignidad e igualdad en derechos. El acoso en el trabajo* (Dykinson, Madrid).
- Saba, Roberto (2012): “El principio de igualdad en el diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, Griselda, Sheckmann, Jan y Clérico, Laura (Dirs.), *Interna-*

- cionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional* (Buenos Aires, Eudeba) pp. 247-286.
- _____ (2016): *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- Sampedro, Rosario (2012): “La paradoja de la ‘condición inmigrante’: una reflexión desde la sociología sobre la integración social de los inmigrantes”, en Matia Portillo, Francisco, *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 55-89.
- Shelton, Dina (2008): “Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* (N.º 4), pp. 15-39.
- Stang, María Fernanda (2016): “De la doctrina de la seguridad nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014”, en *Polis* (Vol. 15, N.º 44), pp. 83-107.
- Stefoni, Carolina (2011): “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, en Feldman-Bianco, Bela, Rivera, Liliana, Stefoni, Carolina y Villa, María Ester (Comps.), *La Construcción Social del Sujeto Migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías* (Quito, FLACSO, Sede Ecuador, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Universidad Alberto Hurtado) pp. 79-108.
- Thayer, Luis Eduardo (2019): “Causas y consecuencias de la irregularidad migratoria”, en Rojas, Nicolás y Vicuña, José Miguel (Eds.), *Migración en Chile. Evidencias y mitos de una nueva realidad* (Santiago, Lom Ediciones) pp. 297-334.
- Thayer, Luis Eduardo, Stang, María Fernanda y Dilla, Charlene (2020): “La política del estado de ánimo. La debilidad de las políticas migratorias locales en Santiago de Chile”, en *Perfiles Latinoamericanos* (Vol. 28, N.º 55), pp. 171-201.
- Tijoux, María Emilia (2019): “Yo no soy racista, pero...”, en Rojas, Nicolás y Vicuña, José Miguel (Eds.), *Migración en Chile. Evidencias y mitos de una nueva realidad* (Santiago, Lom Ediciones) pp. 351-373.
- Treacy, Guillermo (2011): “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos* (N.º 89), pp. 181-216.
- Vilhena, Oscar (2011): “Desigualdad estructural y Estado de Derecho”, en Rodríguez, César (Coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Villa Ballerster, Siglo Veintiuno Editores) pp. 25-45.
- Zúñiga, Francisco (1998): “El estatus constitucional de extranjeros (notas acerca de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros)”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (Vol. LXVI, N.º 203), pp. 301-330.

Normas jurídicas citadas

D. L. N.º 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial, 19 de julio de 1975.

Ley N.º 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

Ley N.º 21.325, de migración y extranjería. Diario Oficial, 20 de abril de 2021.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N.º 2 y 67 del Decreto Ley N.º 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N.º 21.751-2012, Rol N.º 2273-12-INA, de 4 de julio de 2013.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la ciudadana haitiana Sonia Fortilus, respecto de los artículos 13, 64 N.º 2 y 67 del Decreto Ley N.º 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección Rol N.º 6118-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en actual apelación para ante la Corte Suprema, Rol N.º 2257-12-INA, de 10 de septiembre de 2013.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados, respecto del Decreto Supremo N.º 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que establece visto consular de turismo a nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril de 2018, Rol N.º 4757-18-CDS, de 19 de julio de 2018.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputadas y H. Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley de Migración y Extranjería, contenido en el boletín N.º 8.970-06, Rol N.º 9930-20-CPT, de 29 de enero de 2021.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley de Migración y Extranjería, correspondiente al boletín N.º 8.970-06, Rol N.º 9939-20-CPT, de 1 de abril de 2021, correspondiente al boletín N.º 8.970-06.*

Corte IDH: *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205.

Documentos citados

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile, CMW/C/CHL/CO/2. (Versión preliminar no editada).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017): “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 2: Personas en situación de migración o refugio” (San José de Costa Rica, Corte IDH).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019): “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 14: Igualdad y no discriminación” (San José de Costa Rica, Corte IDH).

Instituto Nacional de Estadísticas (2002). “Censo 2002. Síntesis de resultados” [Disponible en: <https://www.ine.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2002/sintesiscensal-2002.pdf>]. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2021].

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2017): *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile* (Santiago, Uqbar Editores).