



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de
Investigaciones Jurídicas

Bassa Mercado, Jaime; González Pérez, Erick
Los fundamentos político-filosóficos del derecho migratorio chileno
y su impacto en la comprensión de la garantía de igualdad*
Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LIV, núm. 161, 2021, Mayo-Agosto, pp. 451-478
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOL: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2021.161.16482>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771675002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS DEL DERECHO MIGRATORIO CHILENO Y SU IMPACTO EN LA COMPRENSIÓN DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD*

THE POLITICAL-PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CHILEAN IMMIGRATION LAW AND ITS IMPACT ON UNDERSTANDING THE GUARANTEE OF EQUALITY

Jaime BASSA MERCADO**
Erick GONZÁLEZ PÉREZ***

RESUMEN: El presente trabajo hace una revisión crítica de los fundamentos políticos, filosóficos y normativos del estatuto migrante en Chile cuyo tratamiento es anacrónico e insuficiente en términos de contener el fenómeno migratorio en la intensidad y magnitud en que se ha manifestado en Chile en la última década. Esta insuficiencia normativa tiene su antecedente en el paradigma político mismo desde donde se erige la modernidad, donde la noción de soberanía y la construcción de una noción de sujeto-ciudadano, titular de derechos sociales y

ABSTRACT: This paper makes a critical review of the political, philosophical and normative foundations of the migrant status in Chile, the treatment of which is anachronistic and insufficient in terms of containing the migratory phenomenon in the intensity and magnitude in which it has manifested itself in Chile in the last decade. This normative insufficiency has its antecedent in the same political paradigm from which modernity is erected, where the notion of sovereignty and the construction of a notion of subject-citizen, holder of social and human

* Recibido el 5 de mayo de 2021; aceptado el 15 de septiembre de 2021.

Agradecemos a las y los integrantes del seminario *Poder, Política y Constitución*, que sesiona periódicamente en Valparaíso al alero del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Valparaíso (CEPCV), por el estimulante ejercicio crítico que acompañó a la formulación de estas ideas. Este trabajo forma parte de la investigación financiada por el proyecto Fondecyt 1180197, de ANID-Chile.

** ORCID: 0000-0003-1656-5885. Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: jaime.bassa@uv.cl.

*** ORCID: 0000-0002-0393-0209. Licenciado en Derecho; cursando Magíster en Filosofía, mención Pensamiento Contemporáneo, Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: erick.gonzalez@postgrado.uv.cl.

humanos, tiene un correlato en la forma en que el constitucionalismo moderno trata las temáticas de la diferencia y la igualdad en términos abstractos y universales lo que termina determinando la forma en que los derechos fundamentales son interpretados.

rights, has a correlation in the way in which the Modern constitutionalism treats the issues of difference and equality in abstract and universal terms, which ends up determining the way in which Fundamental Rights are interpreted.

Palabras clave: migración, igualdad, diferencia, ciudadanía, subjetivación.

Key words: immigration, equality, difference, citizenship, subjectivation.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Panorama normativo del Estatuto migrante en Chile*. III. *Los fundamentos político-teóricos de la normativa vigente en Chile*. IV. *Sujetos sin ciudadanía*. V. *Tensiones en torno a la igualdad ante la ley desde la diferencia material*. VI. *Hacia nuevos criterios de reconocimiento de derechos sociales para personas migrantes*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, Chile ha vivido un incremento significativo de los flujos migratorios, configurándose este como un fenómeno con la potencia suficiente para transformar las estructuras sociales vigentes. En efecto, ya sea por razones económicas o bien por factores políticos, los flujos migratorios hacia Chile se han incrementado exponencialmente en los últimos lustros tensionando el estatuto jurídico que rige en la materia. Este fenómeno es analizado desde las dificultades teóricas que plantea el estatuto chileno vigente, teniendo consecuencias en la forma en que la normativa y hermenéutica constitucional chilena comprende el reconocimiento de los derechos fundamentales, sociales y humanos respecto de sujetos, cuyas condiciones materiales, prácticas de vida y formas socio-culturales, muchas veces son precarias produciéndose un desborde evidente de la normatividad vigente respecto de normalización que impone el país receptor, lo que refleja las relaciones de poder que se van articulando por medio del derecho y de su práctica constitucional.

II. PANORAMA NORMATIVO DEL ESTATUTO MIGRANTE EN CHILE

El incremento significativo de los flujos migratorios que Chile ha verificado ha transformado las estructuras sociales vigentes y las relaciones de poder que se articulan en torno a dicha emergencia. En efecto, ya sea por razones económicas o bien por factores políticos, los flujos migratorios hacia Chile se han incrementado exponencialmente en los últimos lustros tensionando el estatuto jurídico que rige en la materia. Sin ir más lejos, los permisos de residencia definitiva crecieron de 36,024 en 2014 a 48,835 en 2015 y casi se duplicaron en 2018 llegando a la cifra de 93,022 (los últimos años evidencian una baja en la tendencia: 74,353 permisos fueron otorgados en 2020). Ese mismo año, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) junto al Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM), estimaron que los extranjeros residentes en Chile ascienden a 1,251,225 (INE-DEM, 2018) y a 1,492,522 en 2019 (INE-DEM, 2019), lo que equivale a cerca del 9% de la población nacional. Estos datos evidencian las actuales dimensiones de la *emergencia* política y social de la migración en el país y dando cuenta de la importancia que tiene dicho fenómeno para la comprensión actual de las dinámicas sociales y de su impacto en las estructuras normativas vigentes, dando cuenta a su vez de la crisis del sistema de garantías chileno. Como bien señala Boaventura de Sousa Santos (2009), la historia del sistema mundo moderno es una historia de intercambios desiguales que son la causa de la guerra, el hambre, la opresión y el desastre ecológico que obligan a las personas a emigrar (p. 380) siendo el Estado moderno, en cierto sentido, obstáculo para el desarrollo de una nueva política emancipatoria mediante la integración social de la diferencia. A modo de ejemplo, actualmente la comunidad migrante más numerosa residente en Chile proviene de Venezuela, superando las 455,000 personas; sin embargo, sólo un 18% de ese grupo cuenta con permisos de residencia definitiva (82,242 a 2019), evidenciando su inestabilidad migratoria.

Sabemos que el flujo migratorio es un fenómeno que tiene larga data en el mundo. La migración es propia de la facultad humana de movilidad y supervivencia cuando las condiciones del país de origen son hostiles para la vida misma, momento en el cual el ser humano hace frente a las inclemencias de su situación particular, impulsando el movimiento transnacional en la búsqueda de mejores perspectivas para esa vida personal o familiar. Estos movimientos suscitan una gran cantidad de problemas

sociojurídicos para el sujeto migrante, en tanto sujeto de derechos humanos universales. Desde los pueblos nómades hasta la migración causada por las guerras mundiales del siglo XX, tanto en Europa como en América Latina, se ha ido verificando una tensión progresiva en el tratamiento jurídico de dicha *emergencia* política y social, de esta tensión da cuenta la Carta del Atlántico de 1941, instrumento que reconoce la posibilidad/permiso a todos los hombres a cruzar libremente todos los mares. Otro ejemplo de este tratamiento jurídico del control y reconocimiento universal del derecho a migrar está contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se consagra el principio jurídico/político de libre movilidad, señalando en su artículo 13 que “toda persona puede circular libremente” y *seguido de* “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país”. En el caso chileno, la emergencia del incremento del flujo migratorio durante el siglo XX (radicalizado en los últimos años) muestra una tensión en el ordenamiento jurídico, el que fue diseñado bajo la vigencia del viejo paradigma de la seguridad nacional —propio de la década de 1970— dejando en evidencia su insuficiencia para enfrentar los desafíos de la nueva realidad social del siglo XXI. De esto da cuenta la llamada Ley de Extranjería que fue aprobada por Decreto Ley 1094 de 1975, mientras que su Reglamento consta en el Decreto Supremo 597 de 1984 (modificado en 2015); a ambas normas matrices debemos sumar una serie inorgánica de normas específicas y una regulación administrativa dispersada en distintas normas reglamentarias, oficios, instructivos y circulares, que hacen más compleja su aplicación práctica.

A este complejo panorama normativo, se suma la publicación el 20 de abril de 2021, de la nueva Ley de Migración y Extranjería 21325, que viene a reemplazar el ya señalado Decreto Ley. Sin embargo, esta nueva norma establece en su disposición transitoria décima que publicada ésta, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública dispondrá de un año para la dictación de los reglamentos respectivos. A su vez, su disposición transitoria undécima establece que la ley entrara en vigor una vez publicado su reglamento.

Esto claramente demuestra que al existir una suspensión de la nueva ley, la normativa que se sigue aplicando es el Decreto Ley 1094, de 1975, es decir, se mantiene el mismo criterio de la seguridad interior del Estado actualmente.

De ahí que el problema que subyace a la normativa jurídica chilena es la anacronía con que sus disposiciones son aplicadas, dado que contexto histórico y político en el que esta normativa surge es muy distinto al que enfrentamos en la actualidad, cuya brecha se manifiesta en los fundamentos políticos de la normativa vigente que inciden directamente en el tratamiento del extranjero al llegar al país receptor. Todas estas dificultades prácticas en el tratamiento jurídico y político de la migración se traducen en una inquietud filosófica ineludible, toda vez que el tratamiento y conjugación de la igualdad y la diferencia en términos políticos parece ser más evidente cuando se trata de sujetos que experimentan las violencias propias de las formas de vida civilizatorias que arrastra el paradigma presente de la sociedad moderna del neoliberalismo, donde los sujetos con mayores desventajas sociales son clasificados y distribuidos por los gobiernos de recepción desde el principio político básico de la igualdad universal sin considerar la condición diferencial y material de ciertos migrantes que no tienen la posibilidad de controvertir los regímenes de normalización al que se integran, dado que el migrante está envuelto en un proceso continuo de subjetivación siendo este, en definitiva, un producto del poder y de los mecanismos que logran consolidar sus efectos disciplinarios de control. El hecho de poseer derechos humanos universales no da garantías para un adecuado ejercicio de tal reconocimiento en los países de recepción; por el contrario, es el mismo sujeto quien determina las condiciones de posibilidad de un reconocimiento eficaz, cuando se dan las condiciones de igualdad discursiva mínimas, abriendo un campo epistémico para el consenso y el disenso de las disposiciones que articulan el sentido político de la migración.

La producción y reproducción del sentido político de la migración tiene como antecedentes discursivos dos paradigmas que son pilares de la comprensión moderna del fenómeno moderno de la migración: el paradigma de la seguridad nacional y el paradigma de la soberanía. Ambos paradigmas se ven tensionados por una *emergencia* política y social que no es para nada nueva, pero que dadas las circunstancias propias de nuestro presente, se ha radicalizado hasta el punto de impulsar la reestructuración de los principios fundadores de la modernidad, puesto que el Estado se vale de herramientas jurídicas propiamente modernas para tratar la migración de acuerdo con criterios políticos específicos. Por ejemplo, en muchos casos operan criterios discriminatorios por parte del Estado

respecto del reconocimiento de derechos o prestaciones sociales a migrantes con base en la nacionalidad, tornando sospechosa la facultad discrecional de autorizar o negar la entrada al país de migrantes con particularidades específicas. En general, los Estados no tratan a los extranjeros de la misma forma que tratan a sus ciudadanos, radicalizando así las brechas sociales. Por el contrario, y por definición “los migrantes no son ciudadanos o bien son ciudadanos de segunda o tercera clase y su estatus jurídico varía dependiendo de si son legales o ilegales” (Boaventura de Sousa Santos, 2009, pp. 364 y ss.). Esta forma de entender el fenómeno de la migración trae aparejada una serie de violencias simbólicas en el tratamiento de dichos sujetos en una multidimensionalidad de espacios y tiempos que hace imposible hablar de un sujeto migrante homogéneo.¹ En este sentido, parece necesario atender a las condiciones culturales y materiales propias de los sujetos migrantes y contrastar dichas condiciones con sus necesidades, avanzando desde la declaración formal de derechos humanos universales hacia un ejercicio efectivo del derecho humano a migrar identificando los niveles de inclusión o exclusión de la normativa vigente.

En términos generales, el sujeto migrante se encuentra en una situación de vulnerabilidad material y jurídica que cuestiona el estatuto propio de los derechos humanos reconocidos universalmente. En este sentido, es posible establecer una clasificación fundamental en la legislación relativa a los flujos migratorios que atiende al tipo de objetivos políticos que dichas normativas persiguen. Así, podemos hablar de una legislación de extranjería cuando ésta establece los requisitos necesarios para el paso regular de personas a través de las fronteras de un país; como también de una legislación de inmigración cuando esta tenga su foco en el establecimiento de las condiciones normativas necesarias para su adecuada integración en las comunidades de recepción.

¹ De esto da cuenta el tratamiento señalado en la Opinión consultiva OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los indocumentados, cuando trata el principio de igualdad y no discriminación. También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la reconfiguración de estatus migratorios diferenciados que modifican la nacionalidad como criterio exclusivo de pertenencia al cuerpo político y social. Para un análisis comparado en este sentido (Natalia Caicedo, 2016, pp. 231-269).

La legislación chilena (Decreto Ley 1094, de 1975) regula, especialmente, los procedimientos de admisión y de expulsión, por lo que puede ser calificada como una normativa de extranjería y no de inmigración. Gran parte de la normativa chilena promulgada durante la Dictadura (1973-1990), sólo ha sido parcialmente revisada desde el retorno de los gobiernos democráticos, por lo que mantiene los fundamentos teóricos de una época marcada por la Guerra Fría y la imposición de un modelo político de carácter neoliberal. Se trata, por tanto, de una legislación que responde a dos matrices teóricas principales: i. la teoría de la seguridad nacional y ii. la racionalidad neoliberal; ambas en tensión con el reconocimiento universal de los derechos humanos.

La nueva Ley de Migración y Extranjería, si contempla, además de una regulación exhaustiva del ingreso, permanencia, salida y expulsión de un migrantes, propio de los controles de extranjería, en su artículo 6o., una norma sobre integración y exclusión de los extranjeros, por medio de la Política Nacional de Migración y Extranjería, fomentando dentro de la sociedad chilena sus diversas expresiones culturales y promoviendo la interculturalidad. Sin embargo, como ya hemos señalado esta ley se mantiene en suspensión, por lo que el criterio sigue siendo el de 1975.

La teoría de la seguridad nacional supone una protección radical de la soberanía territorial de un Estado, conservando y aplicando la facultad de decidir el ingreso y la expulsión de extranjeros que pueden ser considerados— por la clasificación propia que hace el liberalismo del sujeto migrante— como peligroso o indeseado. En la actualidad, la irrupción de migrantes indocumentados en las fronteras chilenas exacerba estas facultades soberanas, toda vez que el control estatal sobre las fronteras nacionales ha sido un factor crucial en la dirección y en la intensidad de la migración internacional, siendo un elemento político irreductible, en cuanto implica no sólo reubicación física sino que también cambio de jurisdicción y pertenencia (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 363). Esto evidencia la necesidad de un perfeccionamiento del estatuto jurídico del inmigrante en miras a fortalecer el sistema de garantías constitucionales en armonía con los derechos humanos universalmente reconocidos, de esto da cuenta la OC10/03, del 17 de septiembre de 2003, en relación con los trabajadores migratorios que deben tener asegurado el ejercicio de los derechos humanos consagrados en los Estados que los reciben, pero que por su situación los coloca en desigualdad ante la ley.

III. LOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-TEÓRICOS DE LA NORMATIVA VIGENTE EN CHILE

La dimensión neoliberal de las normas jurídicas sobre migración ha privilegiado la libre circulación del capital por sobre la circulación de personas, implementando un modelo anclado en una perspectiva individual que tiende a premiar la capacidad productiva y formación personal; su racionalidad utilitarista sobrepasa la dimensión estrictamente económica, invadiendo los aspectos políticos y sociales de la convivencia con “criterios mercantiles que debilitan tanto la protección de los derechos como la soberanía estatal en materia económica” (Jaime Bassa y Fernanda Torres, 2020, p. 1022). En este sentido, el impacto de la migración en el desarrollo que promueve el neoliberalismo sólo supone una administración controlada de esos flujos para asegurar la explotación del trabajo de los migrantes en el proceso capitalista de producción de bienes para el intercambio mercantil.

La racionalidad neoliberal es funcional a la acumulación del poder, no sólo económico, sino también político, colonizando epistémicamente la esfera de lo social. La extensión de sus criterios mercantiles ha debilitado tanto la protección de los derechos de las personas como la soberanía misma desde donde se funda la racionalidad moderna, poniendo en entredicho los dos pilares sobre los que se sostiene el derecho migratorio: el derecho a la libre movilidad² y la soberanía estatal para fijar las condiciones de ingreso a su país (Cecilia Domínguez, 2016, pp. 191-192). Al privilegiar la libre circulación del capital por sobre la de personas, por medio de un modelo que tiende a premiar la individualidad y su capacidad productiva, la combinación de las ideas neoliberales con la doctrina de la seguridad nacional permitió consolidar un supuesto antropológico del migrante como una amenaza y, de esta forma, establecer un régimen de extranjería muy restrictivo, que contempla amplias facultades para los órganos de la administración estatal. Se trata, por lo demás, de una racionalidad mercantil que se encuentra consolidada en el país, con una fuerte influencia sobre los procesos de integración de las personas migrantes en el país (Isabel Aninat y Rodrigo Vergara, 2019).

² Según puede desprenderse del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es posible afirmar que se trata de una normativa que se sostiene sobre fundamentos teóricos incompatibles con una perspectiva de derechos humanos universales, ya que configura antropológicamente al migrante como una amenaza a la seguridad interior del Estado. Esta perspectiva contradice los instrumentos internacionales redactados en el periodo de posguerra, cuestión que revela las debilidades propias de los ordenamientos jurídicos modernos: derechos humanos que deben entenderse como universales y abstractos y que entran en conflicto cuando el supuesto antropológico que les inspira es superado por las complejidades de la realidad social. Aprobada a dos años del Golpe de Estado, esta normativa contribuyó a los objetivos del régimen de controlar, desde el principio, el tránsito de personas a través de las fronteras, tanto de quienes salían del país (voluntariamente o de manera forzada), como respecto de quienes ingresaban. El modelo jurídico y político de la soberanía moderna, que asegura la unidad del poder, es consolidado por la Junta Militar con la regulación de los flujos migratorios antes citadas invisibilizando las relaciones de dominación subyacentes a estas decisiones normativas y al poder disciplinario que opera mediante la normalización de ciertas conductas de exclusión social (Jaime Bassa y Erick González, 2021). Esta manifestación de la soberanía explica las amplias atribuciones entregadas a la autoridad administrativa la que, discrecionalmente, puede autorizar o rechazar el ingreso de extranjeros al país, así como para su expulsión.

Se trata de una regulación normativa anacrónica pues genera las condiciones para vulneraciones masivas a los derechos de los sujetos migrantes, según ha señalado en Chile el Tribunal Constitucional ([TC], Rol 2273-2012, 04/07/2013, C. 7o.). Esta magistratura, afirmó que, dado que el DL1094 es anterior a la Constitución de 1980 y “fue dictado en un periodo en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional”, debe contrastarse a la luz del texto constitucional (TC, Rol 2273-2012, 04/07/2013, C.25o.). En otras palabras, el TC identifica cómo un diseño legislativo (que responde al paradigma de la seguridad nacional) desconfía del extranjero en tanto que “otro”, profundizando las violencias epistémicas de la configuración antropológica de ciertos migrantes. Profundiza tal magistratura que el punto de partida de todo análisis normativo en esta materia debe ser el derecho a emigrar del país de origen, aunque haciendo reserva de una soberanía estatal siempre sujeta a los estándares

internacionales. Hay antecedentes para afirmar que el paradigma del “temor al foráneo” podría estar cambiando hacia un enfoque de derechos, aunque muy lentamente.

En ese proceso de cambios legislativos y culturales, cabe destacar que la normativa chilena relativa a refugiados y víctimas de trata (producto de los compromisos internacionales para la protección de los migrantes) se sostiene en fundamentos distintos a los presentes en la legislación de 1975. Se han introducido modificaciones legales destinadas a cumplir los estándares internacionales respecto de ciertos migrantes en situación de mayor vulnerabilidad, como los solicitantes de refugio o asilo regulados en la Ley 20430, de 2010, y las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de inmigrantes según la Ley 20507, de 2011. Asimismo, recientemente se otorgó reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno en virtud de la Ley 21.151, de 2019, específicamente a su identidad cultural, idioma y tradición histórica. Aunque obedecen a fundamentos y objetivos diferentes, la aplicación de estas normas ha debido acoplarse a la normativa previamente vigente, pero sin una armonización institucional adecuada.

En efecto, la mayor complejidad de los flujos migratorios plantea la necesidad de revisar los criterios por medio de los cuales se verifican los criterios de clasificación y exclusión de los sujetos que migran a Chile y que buscan obtener los derechos políticos que la calidad de ciudadano otorga; es así como los efectos del poder disciplinario que se verifican mediante la exclusión social de los migrantes. En los últimos años se han realizado algunos esfuerzos institucionales destinados a actualizar la regulación jurídica de la inmigración, con el fin de garantizar mayor coordinación en las instancias administrativas competentes y de proteger de mejor forma los derechos de personas que, por su sola condición de migrantes, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Entre estas iniciativas, de manera muy resumida, podemos anotar las siguientes:

- a) En 2008 se promulgan el Instructivo Presidencial 9, que contiene las instrucciones sobre la política migratoria, mediante el cual se instruye a la administración a considerar la normativa internacio-

nal sobre migrantes y refugiados en sus programas, con perspectiva de derechos humanos.³

- b) Desde 2013 se discute un proyecto de ley para reemplazar el DL1094(Boletín legislativo 8.970-06), hoy se encuentra finalizado el trámite legislativo y a un paso de ser promulgado, luego de sortear el control preventivo de constitucionalidad (STC 9.930-2020). Cabe señalar que en 2017 se había presentado un proyecto de ley alternativo (Boletín legislativo 11.395-06), que fue descartado en 2018 para concluir el proyecto de 2013, proyecto que vio la luz con la Ley 21325, del 20 de abril de 2021, cuyo reglamento está en suspenso.
- c) En el intertanto, un nuevo Instructivo Presidencial (el 5, de 2015) estableció los lineamientos de la Política Nacional Migratoria, también con perspectiva de derechos humanos. A pesar de sus intenciones, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que Chile debe “acelerar la aprobación del proyecto de ley sobre inmigración que garantice plenamente los derechos protegidos por el pacto”.⁴

Como es posible apreciar, la institucionalidad chilena parece no tener claridad respecto a la forma en que la migración debe ser regulada, puesto que cada legislatura parece empujar proyectos políticos contradictorios entre sí. No obstante lo anterior, persiste aquel sello que caracteriza a la legislación vigente, centrada en el paradigma de la seguridad nacional y el orden público, toda vez que cada uno de los proyectos discutidos mantiene las competencias del Ministerio del Interior en la materia, sin avanzar hacia una integración institucional que mejore las condiciones para la protección de los derechos de las personas migrantes y atenúe los efectos de la clasificación que realiza la autoridad respecto de migrantes deseados e indeseados.

³ A su vez, se crea el Consejo de Política Migratoria como un órgano asesor de las autoridades y de vinculación con la sociedad civil (sin embargo, este Consejo sólo se constituyó en 2014, sesionando sólo en una oportunidad a la fecha, y fue disuelto durante el primer semestre de 2018 por la administración del presidente Piñera).

⁴ VI Informe del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del 13 de agosto de 2014, Observación 23, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CHL/CO/6&Lang=Sp.

Por otro lado, esta discusión en torno a la nueva normativa migratoria y los efectos de su *emergencia* se ha contaminado ante la irrupción política de neofascismos en Latinoamérica, con un discurso centrado en la seguridad pública e interior del Estado y el rechazo a la migración (Eduardo Domenech y María Eugenia Boito, 2019). La difusión mediática de estos discursos ha vinculado, artificialmente, el fenómeno migratorio con una degradación de la sociedad que invisibiliza el aporte de la diversidad cultural y exacerba el discurso de odio, el que luego es procesado políticamente por los gobiernos más autoritarios. El resultado, hasta ahora, ha sido la instalación de una discusión en torno a eventuales cuotas migratorias, o bien, al establecimiento de categorías de migrantes determinadas por la conveniencia o utilidad que reporten al país. La inclinación de los gobiernos con racionalidad liberal tiende inevitablemente a cuantificar, clasificar y distribuir en el espacio social a los agentes sociales internos y externos con base en criterios discrecionales y arbitrarios. Esta racionalidad desconoce la posible irrupción de nuevos sujetos en el espacio-tiempo nacional y contribuye a la comprensión de la otredad como amenaza, mercantilizando los criterios de clasificación del migrante, condicionando así el reconocimiento de derechos sociales a los aportes económicos que realizan los migrantes en los países receptores (Natalia Caicedo, 2016, p. 253).

Así, la condición de colectivo vulnerable, que se encuentra sometido a una situación de incertidumbre a lo largo de toda su ruta migratoria se encuentra con el desafío de cumplir con los criterios normativos de los Estados receptores, los que por su desarrollo inorgánico, perjudica o entorpece una integración pacífica. Este fenómeno se ve potenciado por la insuficiencia del derecho interno para enfrentar los cambios sociales impulsados por la migración, tornando ineficaz al derecho en ese sentido. En efecto, dada la comprensión moderna de la soberanía estatal para establecer las reglas de ingreso a los países, la posición jurídica del migrante depende de las políticas de inmigración que adopta el Estado receptor (Javier de Lucas, 2012), especialmente para garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales; una vez que han ingresado al territorio nacional, su estatus jurídico queda entregado a la discrecionalidad de la normativa interna, cuyo único límite serían los derechos constitucionales cuya titularidad universal resulta insuficiente si no considera el tratamiento político de la diferencia en dicho reconocimiento (Jaime Bassa y Erick González, 2020).

IV. SUJETOS SIN CIUDADANÍA

En términos generales, la ciudadanía es entendida como aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones implica. Esta definición asume un sistema de desigualdad estructural con base en clases sociales. Esta igualdad estructural se considera útil y necesaria por el liberalismo porque proporcionaría un incentivo para el esfuerzo y estructura la distribución del poder (Marshall, 1991, p. 37) Por su parte, el migrante, como categoría política, supone una definición epistémica como sujeto de derechos universales, el que bajo determinados supuestos y bajo ciertas condiciones es reconocido como ciudadano. Estas definiciones de sujeto y ciudadano son autónomas entre sí cuando el reconocimiento de un derecho humano universal es sólo formal/abstracto, quedando la confirmación de la ciudadanía entregada a la normativa vigente del país receptor. No obstante lo anterior, estas definiciones están íntimamente ligadas entre sí, toda vez que la ciudadanía es la consecución lógica de la subjetividad moderna; el ego epistemológico desde donde se construye la escisión sujeto/objeto ha tenido una serie de modificaciones hasta su concreción definitiva en la noción de ciudadanía. Étienne Balibar (2013) señala que la evolución de la noción de sujeto contiene estructuralmente el componente de la sujeción, clave para el funcionamiento del poder (p. 57). El sujeto moderno —que es base del posterior sujeto de derechos— es *subjectus* en términos de sujeción al poder. Recién con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se rompe con la configuración político-epistemológica del sujeto anterior a las revoluciones burguesas. Balibar señala que esta ruptura genera un “efecto de verdad” de carácter retroactivo o de performatividad, pero siendo un texto intrínsecamente equívoco (Étienne Balibar, 2013, p. 57). Esto se debe a que el lenguaje en que está redactado el documento fundacional de la política moderna permite verificar al menos dos dualidades: por una parte, los derechos del hombre y del ciudadano y, por otra, quienes nacen libres e iguales; estas dualidades propician lecturas antitéticas, dado que no sabemos de antemano cuál es la noción fundante del orden político-jurídico: si el hombre o el ciudadano.⁵

⁵ Étienne Balibar (2013) responde que los derechos enunciados son los del ciudadano, pero en el que se constituye un sentido de ciudadanía radicalmente nuevo, donde se articu-

Por su parte, la soberanía del Estado fue siempre pensada como jerarquía y sujeción vertical, pero a partir de la Declaración de 1789 surge la paradoja de la soberanía igualitaria como algo radicalmente nuevo.⁶ Ya no existe sujeción a un orden imperial o monárquico; ahora la sujeción se da entre ciudadanos considerados como iguales en términos políticos, fundada en la libertad declarada. El contractualismo desplaza el campo discursivo hacia una soberanía radical de hombres libres e iguales que ejercen sus derechos “naturales” en una sujeción recíproca, el *subditus* clásico permanecería ahora en una forma de sumisión a la decisión soberana.

Por otra parte, la estructura de la sumisión de la teoría jurídica de la soberanía desarrollada por Hobbes en el siglo XVIII resulta insuficiente para captar en su totalidad las dinámicas del poder, precisamente porque no capta la dimensión material del sometimiento a partir de una multiplicidad de individuos y voluntades que confluyen y divergen, sino que son entendidos como cuerpo único, animados por un alma que sería la soberanía (Michel Foucault, 2014, p. 37). Ahora, el ciudadano es el nuevo sujeto de derecho, sujeto psicológico, sujeto trascendental; un presupuesto político y epistémico de la Declaración de 1789 (Étienne Balibar, 2013, p. 58). En este sentido, Balibar reconoce que la universalidad no podría haber llegado sino por la figura del ciudadano, dado que este devenir de su-

la la soberanía de este ciudadano en una nueva articulación de la libertad que se funda reactivamente en un cierto concepto de hombre, poniendo a éste en lugar de Dios (p. 57).

⁶ La igualdad del sujeto-ciudadano tratada por Rousseau es condicionada por la universalidad de tal presupuesto. Desde entonces se abrieron dos vías La igualdad o bien es simbólica en cuanto a la consideración abstracta de todos los ciudadanos. O bien la igualdad es real, lo que supone que no habrá ciudadanía si las condiciones de los individuos no son iguales, o al menos equivalentes. El paradigma jurídico-político de la modernidad descansa en la primera vía dado que es más fácil afirmarla independiente de las desiguales condiciones en la que se encuentran los sujetos-ciudadanos evidenciado una insuficiencia epistemológica. Esta antinomia es insostenible: la igualdad simbólica no debe ser real pero sí universalmente aplicable y la igualdad real debe ser total y práctica En relación con la igualdad real, Ranciere sostiene que el único valor que puede considerarse como universal es la igualdad pero sólo en la medida en que esta pueda ser puesta en práctica, siempre es un lugar de verificación, es una operación de demostraciones. La igualdad cívica es indisoluble de la universalidad en la medida en que pueda ser demostrada su operatividad real, pero también es cierto que necesita de la forma simbólica para poder universalizar su contenido; no pueden existir excepciones pues negaría la condición de posibilidad de la universalidad pero es insuficiente quedarse con sola esa dimensión (Balibar, 2013, pp. 57 y ss).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 451-478.

jeto en ciudadano forma parte de un desarrollo preparado durante siglos,⁷ teniendo su desenlace en la Revolución francesa, donde desaparecen — formalmente— todas las distinciones sociales: el *subjectum* ya no es más *subditus* en sentido clásico, instituyendo así la figura histórica actualmente vigente del sujeto moderno que se convierte en ciudadano.

Una de las promesas de la modernidad es la emancipación respecto de la dominación despótica del antiguo régimen, siendo esta noción el horizonte trazado para la consecución de los más altos fines sociales de la humanidad occidental. Santos reflexiona sobre las formas discursivas que han colonizado la comprensión de la ciudadanía y las contraposiciones y puntos de encuentro con la subjetividad. En este sentido, no parece raro afirmar que la constelación ideológica-cultural hegemónica del fin de siglo apunta a la reafirmación de la subjetividad en detrimento de la ciudadanía y a la reafirmación desigual de ambas en detrimento de la emancipación (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 285). Por su parte, para Balibar la noción deviniente a la de sujeto es la de ciudadano como depositario de la epistemología del sujeto racional, pero el carácter político de este último concepto hace plantear interrogantes respecto de la visión liberal de la ciudadanía, de sus limitaciones y proyecciones universales en el campo discursivo de la teoría política. Esto tiene consecuencia para la protección y garantía de los derechos sociales toda vez que la ciudadanía se erige como precondition de posibilidad de ejercicio de los derechos.

Diremos entonces que el principio de subjetividad es más amplio que el principio de ciudadanía. La forma jurídica de ejercer la ciudadanía es restrictiva, reducida al sufragio, minimizando cualquier otra forma de participación, en un amplio horizonte de posibilidades para la representación directa. Para Rousseau, el contrato social se basa en la obligación política horizontal entre los contratantes fundando el principio de comunidad (en la medida en que es necesaria una igualdad sustancial), lo que en definitiva supone una crítica a la propiedad privada, la que es considerada como intangible por la racionalidad liberal. En otras palabras, la igualdad sim-

⁷ Étienne Balibar (2013) señala que es un desarrollo preparado por todo el trabajo de definición de la individualidad jurídica, moral e intelectual, que se remonta al nominalismo del final de la Edad Media reflejada en la filosofía, pero que no es posible encontrar su nombre sino hasta la emergencia del ciudadano revolucionario (p. 58).

bólica de la ciudadanía no es suficiente para la emancipación por medio del derecho mientras no esté asegurada una igualdad sustancial que evite los costos del liberalismo individualista.

La tensión entre subjetividad y ciudadanía va más allá del tránsito lineal del sujeto moderno al ciudadano, pues da cuenta de la complejidad que asume la articulación de la autoconciencia con la *res extensa* en el proceso propio de la subjetivación. La ciudadanía enriquece la subjetividad y abre nuevos horizontes de autorrealización, por la vía del reconocimiento de derechos políticos. Por el contrario, el reconocimiento de derechos y deberes generales y abstractos al sujeto moderno (no ciudadano) reduce tal individualidad a una universalidad abstracta de carácter igual e intercambiable en el tráfico económico (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 292).

Las formas de opresión y de exclusión contra los cuales luchan los nuevos movimientos sociales (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 312) no pueden ser abolidas con la mera concesión de derechos; exigen una reconversión global de los procesos de socialización y de inculcación cultural y de los modelos de desarrollo (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 319). Caer en la trampa de la abstracción supone conformarse con la creación de más derechos de titularidad universal reconocidos al sujeto moderno prescindiendo del reconocimiento de la ciudadanía y los derechos políticos que supone tal categoría.

Santos señala que la noción moderna que tiene más potencial para fundar nuevas energías emancipatorias es el principio de comunidad rousseauniana, la que establece la obligación política horizontal entre los ciudadanos y la participación y solidaridad concretas en la formulación de la voluntad general (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 322). Se ha evidenciado la crisis del contractualismo moderno, momento donde se da el predominio estructural de los procesos de exclusión por sobre los de inclusión (Jaime Bassa y Erick González, 2021); en consecuencia, resulta urgente modificar las dinámicas excluyentes de la ciudadanía, ampliando el campo de acción política más allá del sufragio o al reconocimiento de la nacionalidad como criterio formal para gozar de derechos sociales. La politización de lo social implica una expansión de los criterios utilizados para comprender la ciudadanía y en este sentido es posible avanzar hacia formas de ciudadanía colectivas que superen la dinámica del reconocimiento de derechos individuales y abstractos cuyos patrones no se condicen con situaciones particulares de ciertos sujetos o ciudadanos. La creación

de un nuevo sentido común de la ciudadanía implica modificar las prácticas político-jurídicas de la modernidad en el sentido de comprender a los migrantes como sujetos-ciudadanos. La igualdad universal de los sujetos de derechos (ciudadanos o no) invisibiliza la diferencia constitutiva del sujeto que es titular de esos derechos civiles, políticos y sociales. Para la teoría liberal, existe un predominio evidente de la subjetividad por sobre la ciudadanía, se trata de una tensión radical que sólo puede ser superada en el marco de la emancipación social (Boaventura de Sousa Santos, 1998, p. 292).

Como ya sabemos los derechos humanos que orientan la protección estatal de los sujetos-ciudadanos surgen de luchas colectivas, cuyas conquistas se ejercen, jurídicamente, de manera individual. El planteamiento colectivo de ciertas reivindicaciones debe sortear una serie de problemas teóricos, tales como la diferencia estructural de los sujetos que se articulan socialmente, el problema político de la articulación/formación de las demandas sociales o la formación de comunidades específicas en torno a esa diferencia compartida, muchas veces en situación de subalternidad. El problema más importante en torno a la otredad política surge con —lo que Bauman denomina— *guerras de reconocimiento*, que absolutizan y radicalizan la diferencia política, al punto de ser reclamada como cheque en blanco. El autor advierte que no todas las diferencias tienen, *a priori*, el mismo valor (Zygmunt Bauman, 2009, p. 74). Si bien la libertad de perseguir y articular reivindicaciones de reconocimiento es la principal condición de autonomía y autoconstitución de la sociedad persiste una lectura esencialista y absolutista de la diferencia como insumo teórico-político en el razonamiento de las tradiciones hegemónicas. La condición política de la igualdad de los hablantes para denunciar injusticias asegura que la diferencia sea escuchada.

En su caso, el proceso de asimilación del sujeto migrante, que aún no es ciudadano, disuelve las diferencias culturales de estos, dada la lectura moderna de la soberanía y la construcción del imaginario nación que es de carácter territorial (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 366) siendo, en consecuencia, la doctrina de la seguridad nacional un mecanismo de restricción de derechos políticos: las condiciones económicas, políticas y sociales del país receptor establecen los parámetros del flujo migratorio y su tratamiento jurídico (Saskia Sassen, 2017, p. 185). La igualdad universal disuelve la diferencia estructural del sujeto político migrante y resta

elementos epistémicos para una comprensión más profunda de su configuración, lo que obstaculiza, en definitiva, la garantía efectiva de los derechos fundamentales/sociales restringiendo su ejercicio al reconocimiento de la nacionalidad y la ciudadanía como condiciones para su ejercicio. A diferencia del siglo pasado, el panorama actual es radicalmente distinto, dado que ha operado progresivamente el fenómeno de la desterritorialización de la soberanía (Zygmunt Bauman, 2009, p. 93; Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 374), junto al carácter preferentemente económico de los flujos migratorios.

Ahora bien, es necesario caracterizar nuestro modelo jurídico en torno al tratamiento de la *emergencia* de la migración económica para establecer las condiciones de posibilidad de una nueva lectura del fenómeno, atendiendo a criterios diversos al reconocimiento de la ciudadanía para el goce de los derechos de protección social de sujetos que forman parte de la cotidianidad social y que sólo ciudadanos en potencia. La invisibilización de las condiciones materiales que configuran al migrante obedece a la lectura estrictamente formal de la igualdad universal, donde la diferencia queda relegada a una antropología difícil de definir, obstaculizando su procesamiento en términos político-jurídicos.

V. TENSIONES EN TORNO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY DESDE LA DIFERENCIA MATERIAL

El diagnóstico precedente evidencia las dificultades concretas y materiales que tiene la garantía igualdad. Entre las diversas dificultades asociadas a la configuración del estatuto jurídico de las personas migrantes, revisaremos sólo la garantía de igualdad en el ejercicio de los derechos para establecer las condiciones de posibilidad de una lectura de la igualdad jurídica universal, formal, desde la diferencia específica del sujeto-ciudadano migrante.

La Constitución chilena no contempla ninguna regulación específica sobre el fenómeno de la migración o de los derechos que asisten a las personas migrantes (ni al supuesto antropológico que explica su *emergencia*). No obstante, la forma en que su articulado se encuentra redactado permite concluir que existe una garantía genérica de igualdad ante la ley, específicamente en el ejercicio de los derechos fundamentales, según se desprende del propio encabezado del artículo 19 que asegura los derechos

contenidos en este artículo “a todas las personas”, sin distinciones de ningún tipo. Se trata de una titularidad formal de carácter genérico que, en lo relativo a los migrantes, llevó al TC a afirmar que la Constitución “no solo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente” (Rol 2273-2012-INA, 4/07/2013, C. 29o.). Desde este punto de vista, dada esta garantía genérica de igualdad ante la ley que se complementa con la prohibición de toda forma de discriminación arbitraria (art. 19, 2), no es posible justificar que la ley establezca tratos diferenciados para las personas migrantes, especialmente si ellas se encuentran en Chile en una situación migratoria regular. Es decir, salvo para el tránsito por la frontera, el ingreso al país y, eventualmente, la aplicación de sanciones que acarreen la expulsión, la garantía de igualdad ante la ley protege de discriminaciones injustificadas o arbitrarias.

La condición de migrante residente en un país extranjero puede encontrarse amenazada por una serie de condiciones materiales que configuran las llamadas “categorías sospechosas de discriminación”, entre ellas, raza, etnia, idioma y, por cierto, nacionalidad. De hecho, la propia Ley 20609 en su artículo segundo recoge estos criterios para proteger a las personas y garantizar su igualdad ante la ley. Se trata de la protección de aspectos fundamentales que configuran nuestra identidad como persona, cuya condición de categorías sospechosas de discriminación se extrema en contextos de mayor exposición a la vulneración de derechos respecto de distintas formas de marginalidad. En atención a dicha vulnerabilidad, la garantía de igualdad ante la ley exige que toda regulación legal o reglamentaria que establezca diferencias respecto de estos grupos sociales debe contar con una justificación argumental sólida y razonable, a modo de evitar toda forma de discriminación arbitraria. Ello requiere, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, alguna forma de habilitación constitucional previa, que autorice a la ley o a la administración a implementar esos tratos diferenciados según los objetivos garantistas que establece la Constitución. Así lo ha afirmado el TC, a propósito de las restricciones a la libertad de locomoción (sentencia rol 2273-2012, C. 35o. y 36o.).

La igualdad ante la ley es un tipo de derecho fundamental, constitucional, que prohíbe las discriminaciones normativas entre las personas, establecidas por la ley u otros instrumentos de distinto rango jerárquico, que se encuentren fundadas en sus características personales o identita-

rias. En tanto derecho constitucional, la igualdad ante la ley no significa una plena identidad en las posiciones jurídicas de los individuos que pueden verse amenazados por eventuales discriminaciones arbitrarias. A su vez, la Constitución no prohíbe toda forma de diferenciación normativa, sino sólo las discriminaciones de carácter arbitrario, es decir, que se sostengan en razones incompatibles con las garantías constitucionales, por ejemplo, al invocar estos rasgos personales para disminuir el estándar de ejercicio de los derechos.

Sin embargo, estas garantías constitucionales se mueven en el plano formal/abstracto, quedando su efectividad condicionada por una serie de obstáculos que condicionan el ejercicio de los derechos de las personas migrantes, como por ejemplo la exigencia de regularización administrativa de su residencia en el país. Sin perjuicio que la garantía constitucional de igualdad ante la ley es clave, no podemos sobredimensionarla frente al impacto que otros aspectos generan en el ejercicio de los derechos. Este elemento es crucial para revisar la pertinencia de un aforismo de recurrente utilización en la jurisprudencia constitucional chilena, que condiciona el juicio de valor relativo a la igualdad, tratando iguala los iguales, autorizando un trato diferenciado a quienes no se encuentran en la misma condición. Se trata de un aforismo que no satisface (al menos no necesariamente) el estándar que impone la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues se limita a constatar formalmente, la situación particular de ciertos sujetos en orden a justificar el trato normativo diferenciado, sin detenerse en la legitimidad o razonabilidad de dicha diferenciación. En términos concretos, un migrante no es un nacional, pero de ello no se sigue que cualquier tipo de diferenciación en la regulación de sus derechos pueda ser justificada sólo porque se aplique a todos los migrantes que se encuentran en una misma situación. Ello ha permitido la relativización de sus derechos humanos, al condicionar su garantía a la regularización de su situación administrativa de residente.

La presencia de estas categorías sospechosas de discriminación arbitraria en una regulación jurídica especial obliga a justificar el trato normativo diferenciado de manera explícita y con un mayor desarrollo teórico y técnico. En general, las diferencias reguladas para el ejercicio de los derechos de sujetos que se encuentran en condiciones estructurales de desventaja, sólo se justifica en la medida que dicha regulación busque mejorar las condiciones jurídicas o materiales desde las cuales estos colec-

tivos ejercen sus derechos, en lo que se conoce como discriminación positiva. Se trata de regulaciones que buscan equilibrar ciertas condiciones que, en términos generales, impiden un ejercicio efectivamente igualitario de los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico.

De esta forma, cuando una ley regula el estatuto jurídico de un grupo social determinado, fija las condiciones para el ejercicio de sus derechos y, al mismo tiempo, establece requisitos especiales que no se aplican por igual al resto de la población, es fundamental que exista una debida proporcionalidad entre los fines perseguidos por la norma y las medidas de diferenciación establecidas. Este es uno de los elementos principales de la garantía de igualdad ante la ley, donde su dimensión formal se cruza con la dimensión material.

La nueva Ley de Migración y Extranjería contempla dentro de sus definiciones en su artículo 1.7, una definición de discriminación arbitraria, similar a la ya establecida en la Ley 20690.

El Decreto Ley que regula la situación jurídica de las personas migrantes en Chile fue promulgado en 1975, una norma de facto pero de rango legal que fue promulgada sin la debida habilitación constitucional y en un contexto histórico marcado por la entonces hegemónica doctrina de la seguridad nacional, tensionando la garantía de igualdad ante la ley en un grupo social afectado por condiciones estructurales de desventaja (Jaime Bassa y Fernanda Torres, 2018). El propio TC chileno lo ha señalado en este mismo sentido, exigiendo una mayor justificación argumentativa que permita explicar tratos normativos diferenciados, según la persecución de fines constitucionalmente legítimos (Rol2273-2012-INA, C30o.), aunque siempre desde la defensa de la igualdad ante la ley en tanto garantía formal para el ejercicio de los derechos y sin considerar suficientemente la incidencia de la diferencia subjetiva como criterio de protección de esos derechos.

La garantía constitucional de la igualdad ante la ley es uno de los elementos básicos del estándar internacional para la regulación jurídica de la migración (el otro es la reserva de ley, de modo que la actuación de la administración del Estado esté situada dentro de márgenes establecidos democráticamente por el legislador). Esto tiene por finalidad garantizar que, luego de haber ingresado legalmente al territorio nacional, todo extranjero tenga igual trato respecto de los habitantes de dicho país. Pero más allá de la garantía de una igualdad formal ante la ley, sabemos que “la natu-

raleza e intensidad de sus derechos fundamentales se modifica, especialmente si es un inmigrante con pretensiones de permanencia en el país” (Rol2273-2012-INA, C41o.), generando distinciones en el goce de los derechos que no tienen una justificación normativa razonable. Dado que las diferencias constitutivas del migrante no son debidamente consideradas por el ordenamiento jurídico, estas terminan siendo una amenaza para el legítimo ejercicio de los derechos, precisamente porque la garantía constitucional de la igualdad ante la ley es entendida en términos estrictamente formales, verificándose la igualdad al nivel de la titularidad, pero no del ejercicio efectivo de los derechos.

VI. HACIA NUEVOS CRITERIOS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES PARA PERSONAS MIGRANTES

La migración es típicamente un desplazamiento entre dos mundos (Saskia Sassen, 2017, p. 183), lo que conlleva una carga simbólica de desprendimiento y adaptación o apego a un nuevo entorno. En este sentido, se trata de una elección condicionada estructuralmente por la necesidad, imposibilitando la facultad racional para elegir libremente un modo de vida determinado. Independiente de la consideración a los motivos que impulsan a un sujeto a migrar, parece necesario considerar la distribución estratégica que hacen las democracias modernas y sus gobiernos de acuerdo a la función social o niveles de contribución (dependiendo del criterio a utilizar por parte del gobierno de turno) al desarrollo del país que lo recibe, contribución que es fundamentalmente económica y que está atravesada por la condición neoliberal de nuestros sistemas de protección (Natalia Caicedo, 2016).

Estas condiciones estructurales y estructurantes influyen en el tratamiento jurídico del migrante, en tanto sujeto político ciudadano o no. Este fenómeno se genera por la relación dialéctica de alteridad de una construcción subjetiva y antropológica que genera el “yo” hegemónico y que necesita de un “otro” al que es necesario negar para su autoafirmación la criminalización —producto de la clasificación que hacen los sistemas democráticos modernos— sufrida por los migrantes en el paradigma actual de la legislación sobre migración viene dada por la precariedad de los instrumentos de integración material y cultural; estas necesidades

“han sido codificadas y ordenadas jerárquicamente por criterios de nacionalidad y territorialidad que están contaminados por prejuicios en su contra, mientras que sus diferencias han sido codificadas y jerarquizadas por una forma hegemónica de conocimiento que no puede comprender sino lo que ellas no son” (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 381).

La negación de esa otredad desde donde se construye el “yo” hegemónico, conforma la dialéctica de la opresión de los sujetos migrantes. La definición de la pertenencia y la separación jurisdiccional y territorial de las fronteras son los principales instrumentos políticos para profundizar la desigualdad en el sistema del mundo, generando un empobrecimiento del principio de comunidad y cuya sobrecarga jurídica y política de tal reducción descalificó tanto a comunidades locales como a las comunidades transnacionales (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 381). En este sentido, los migrantes sufren una doble discriminación: por una parte, sus poderes jurídicos son muy escasos; de otra parte, su vulnerabilidad social hace casi imposible la lucha por la efectividad de sus derechos, y es común la impunidad de las violaciones a esos derechos (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 368).

Por medio de enunciados generales y abstractos, las normas jurídicas se refieren a un sujeto migrante que es concebido en abstracto, sin consideración alguna a sus condiciones materiales de existencia, ni a las particularidades de su viaje migratorio, como tampoco a la forma en que se inserta en la comunidad local, o bien a las condiciones que hacen más o menos posible el ejercicio de sus derechos fundamentales. Este carácter general y abstracto de la norma jurídica es considerado, por la racionalidad jurídica como una forma de garantizar el ejercicio universal de los derechos humanos y evitar que el ejercicio del poder —especialmente estatal— sea arbitrario. Sin embargo, el migrante no es un sujeto político unitario ni, mucho menos, abstracto, sino que está a travessado por una determinada forma de configuración subjetiva y de clasificación social, donde no es posible hablar de un lugar específico para cualquier migrante en la sociedad chilena, al menos sin considerar previamente los factores económicos, sociales y culturales que determinan las condiciones de dicha clasificación para cada migrante en particular. La abstracción de los enunciados normativos permite que los prejuicios sociales y las condiciones estructurales de desventaja influyan en el contenido de las decisiones institucionales. Ello es especialmente relevante cuando las normas jurídi-

cas autorizan espacios de discrecionalidad para la decisión de la autoridad, como es el caso de la legislación migratoria chilena.

Efectivamente, al sentar las bases para el ejercicio de las atribuciones legales de la autoridad migratoria, el artículo 13 del Decreto Ley 1094 señala que las atribuciones del Ministerio del Interior relativas al otorgamiento de visas y permisos de permanencia definitiva “serán ejercidas discrecionalmente”, cuestión que es recogida, casi en los mismos términos, por el artículo 13 inciso 2 del Reglamento de Extranjería (DS 597, de 1984). La actual normativa promulgada elimina la palabra “discrecionalidad” pero remite su regulación y aplicación al reglamento que debiese dictarse, sobre todo en materia de la determinación de las categorías migratorias y subcategorías en las que puede ingresar al país un migrante.

Los únicos parámetros que contempla la normativa vigente, de 1975, son mercantiles al considerar la utilidad o conveniencia para el país para otorgar dichos permisos y la reciprocidad internacional. Si bien este último criterio puede verificarse de manera más o menos objetiva, la utilidad o conveniencia en otorgar el permiso configura un criterio abierto e indeterminado, cuya concretización queda entregada, por expreso mandato legal, a la discrecionalidad de la administración. Sabemos que las condiciones estructurales de discriminación tienden a proyectarse en las decisiones institucionales cuando no existen criterios objetivos que delimiten su actuar. Es lo que ha ocurrido en Chile desde 1975, especialmente en el control de los pasos fronterizos, como lo han demostrado investigaciones que han trabajado con datos empíricos (Nanette Liberona, 2015; Iskra Pavez-Soto y Sofía Colomé, 2018). Queda en evidencia una debilidad estructural en la garantía de los derechos de las personas migrantes en Chile, pues la discrecionalidad en la expulsión o denegación de ingreso carece de controles efectivos, generando las condiciones que hacen posible la discriminación arbitraria (Jaime Bassa y Fernanda Torres, 2020).

Asimismo, dada la preponderancia de las condiciones materiales en la configuración política de las distintas comunidades migratorias, especialmente ante la relevancia de las condiciones económicas en una sociedad neoliberal o de capitalismo tardío como la chilena es que parece necesario considerar tales elementos configuradores de la subjetividad migratoria. Explicar la fragmentación de lo que podríamos llamar el estatuto jurídico de los derechos del migrante, implica asumir que no es posible afirmar que existe un solo estatuto. En este sentido, en la fragmentación neoliberal

el mismo sujeto migrante tiene muchas subclasificaciones o dimensiones que producen formas de vida diversas entre sí, con particularidades en las necesidades de cada uno y que influyen en la integración del migrante como sujeto político o ciudadano.

El fundamento territorial de la noción de ciudadanía guarda su integridad creando, en términos sociológicos, ciudadanos de segunda, tercera y hasta cuarta clase (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 384), lo que revela el funcionamiento discriminatorio y clasificatorio de la política de la ciudadanía, relegando a los migrantes indocumentados a la invisibilización de su existencia y a la imposibilidad de reclamar derechos humanos. Aquí opera claramente un *reparto de lo sensible* (Jacques Rancière, 2014) que clasifica y subclasifica a los sujetos en tanto ciudadanos o no y los distribuye a espacios específicos atendiendo su condición. Por ello parece necesario dar cuenta de los crecientes movimientos transnacionales subordinados y de los desafíos que presentan al régimen internacional de los derechos humanos, dispersando tanto la ciudadanía como la soberanía territorial (Boaventura de Sousa Santos, 2009, p. 384).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH ha establecido en su OC18/03, la condición de jurídica de los migrantes indocumentados, señala claramente una distinción en el reconocimiento de derechos, si estos se encuentran regulares o irregulares en el Estado de destino. La Corte IDH ha señalado que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación de privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos, los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados independiente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral (párrafo 134).

Estos criterios de no discriminación ya sea por la condición de irregularidad del migrante, nacionalidad, edad, etcétera, se han mantenido en la Corte IDH. (véase caso *Jean Bosico vs. República Dominicana*, OC21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración en necesidad de protección internacional).

Por otro lado, el tratamiento jurídico que ha hecho la comunidad europea puede dar luces de los pasos a seguir en la construcción de criterios diversos al de ciudadanía para gozar de derechos sociales. El primer presupuesto en la protección europea de los derechos humanos supone

distinguir a los derechos sociales como estructuralmente distintos de los derechos civiles y políticos (Natalia Caicedo, 2016, p. 232). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) da cuenta del avance en la protección de los derechos sociales no limitando su reconocimiento a la categoría de nacionalidad/ciudadanía. Esta desvinculación entre prestaciones sociales y ciudadanía supone un paso importante en la apertura y expansión de la ciudadanía y el principio social sobre el cual se fundamenta, considerando al criterio de nacionalidad como sospechoso (Natalia Caicedo, 2016, p. 238). De esta manera, ciertos fallos del TEDH dan cuenta de esta apertura hacia criterios para el reconocimiento de los derechos sociales distintos de la nacionalidad tales como residencia o presencia en el territorio, reconfigurando los criterios de reconocimiento desde un materialismo situado, creando estatutos jurídicos diferenciales y considerando las configuraciones reales de la emergencia de la migración.

La migración económica descansa sobre una lectura utilitarista de las políticas públicas de los países de recepción al considerar el aporte del migrante al país receptor en términos de su contribución exclusivamente económica. El reconocimiento de derechos de protección social a migrantes de acuerdo con nacionalidad o aportación económica al país debilitan el reconocimiento de los mismos derechos a los colectivos considerados más débiles o vulnerables. La prioridad de los nacionales por sobre los migrantes para restringir el reconocimiento de derechos sociales se vuelve peligrosa en la medida que ocultan relaciones de poder que se verifican en la sociedad. Las estructuras normativas suelen estar jerarquizadas dependiendo básicamente de tres elementos (Natalia Caicedo, 2016, p. 265): i. la adecuación de la instancia del migrante a la legislación de extranjería; ii. el tiempo que lleva el migrante en el territorio residiendo conforme a la legislación migratoria; iii. la cualificación laboral que se otorga a las habilidades del migrante. De esta manera, reconoce Caicedo que las reformas de los últimos años de las leyes migratorias han tendido a reforzar estos criterios, pero paralelamente se va debilitando el reconocimiento de derechos sociales a sujetos más desventajados, como indocumentados o ilegales.

La consideración diferenciada del sujeto político migrante (ciudadano o no) puede ser predicada respecto de cualquier colectivo que pudiese considerarse en desventaja estructural para el ejercicio de sus derechos fundamentales o sociales. Lo importante es considerar las condiciones

materiales que imposibilitan o hacen más difícil el ejercicio de ciertos derechos humanos que son considerados como universales. La igualdad debe abrir paso a la diferencia como criterio epistémico de inteligibilidad de ciertos derechos para su interpretación en términos de comunidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo (2019). *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*. Centro de Estudios Públicos.
- BALIBAR, Etienne (2013). *Ciudadano sujeto*, vol. 1: *El sujeto ciudadano*. Prometeo.
- BASSA, Jaime y TORRES, Fernanda (2020). Derechos de los inmigrantes. En CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales* (pp. 1020-1056). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BASSA, Jaime y GONZÁLEZ, Erick (2021). La posibilidad de un nuevo contrato social desde el poder constituyente. *Hybris, Revista de Filosofía*, 12 volumen especial.
- Procesos constituyentes latinoamericanos*, pp. 69-90.
- BASSA, Jaime y GONZÁLEZ, Erick (2020). La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. Elementos teóricos para su consideración. *Revista de Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, 47, pp. 113-143.
- BAUMAN, Zygmunt (2009). *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. Siglo XXI.
- CAICEDO, Natalia (2016). Los derechos sociales de los y las migrantes: Reconocimiento fragmentado por el TEDH. *Derechos y libertades*, 38 época II, pp. 231-269.
- LUCAS, Javier de (2012). *Derechos de los inmigrantes y políticas migratorias: la experiencia histórica, los desafíos*. U. Central de Chile.
- DOMENECH, Eduardo y BOITO, María Eugenia (2019). Luchas migrantes en Sudamérica: reflexiones críticas desde la mirada de la autonomía de las migraciones. En CORDERO, Blanca; MEZZADRA, Sandro y VARELA, Amarilla (coords.), *América Latina en movimiento. Migraciones, límites a la movilidad y sus desbordamientos* (pp. 159-214). Madrid: Traficantes de sueños.

- DOMÍNGUEZ, Cecilia (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? *Revista Chilena de Derecho*, 43.1, pp.189-217.
- FOUCAULT, Michel (2014). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- LIBERONA, Nanette (2015). La frontera cedazo y el desierto como aliado: prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile. *Polis. Revista Latinoamericana*, 42, pp. 143-165.
- MARSHALL, T. H; BOTTOMORE, Tom (1991). *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial.
- PAVEZ-SOTO, Iskra y COLOMÉS, Sofía (2018). Derechos humanos y política migratoria. Discriminación arbitraria en el control de fronteras en Chile. *Polis. Revista Latinoamericana*, 51, pp. 113-136.
- RANCIÈRE, Jacques (2014). *El reparto de lo sensible. Estética y política*. Prometeo Libros.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1999). *Reinventar la democracia reinventar el Estado*. Sequitur.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica*. Trotta.
- SASSEN, Saskia (2017). *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*. Siglo XXI.