DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA E IGUALDAD ANTE LA LEY EN MATERIA MIGRATORIA

[Administrative discretion and equality before the law in migratory matters]

Diego Andrés Molina Conzué[*]

Resumen

El presente trabajo desea reflexionar respecto a las eventuales diferencias que pueden suscitarse respecto al tratamiento que el ordenamiento jurídico realiza entre nacionales y extranjeros, e incluso entre extranjeros, dando cuenta de lo peligroso que resultan para el principio de igualdad y no discriminación la existencia de amplias atribuciones discrecionales con que cuenta la Administración, toda vez que permite dar lugares a diferencias arbitrarias.

Palabras clave

Extranjeros, migrantes, igualdad, discrecionalidad administrativa.

Abstract

This paper wishes to reflect on the possible differences that may arise with respect to the treatment that the legal system performs among foreign and nationals, and even among foreigners, giving an account of how dangerous its are for the principle of equality and non-discrimination the existence of the broad discretionary powers with that the Administration counts, since it allows to place arbitrary differences.

Key words

Foreigners, migrants, equality, administrative discretion.

I. INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno descriptible como el desplazamiento voluntario de personas de carácter transfronterizo y con ánimo de permanencia[1]. Este fenómeno, en aumento en la última década en Chile, ha puesto en tela de juicio la normativa jurídica atingente. En

[*] Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomado en Derecho Administrativo y Administrativo Sancionador por la misma casa de estudios. Cuenta con curso de especialización en Derecho Migratorio por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Coordinador académico, Diplomado en Contratación Pública, Derecho PUCV. Profesor ayudante de Derecho Internacional Público en la Universidad Andrés Bello, Chile. Correo electrónico: diego.molina@pucv.cl.

[1] En las siguientes líneas, toda vez que empleemos la voz extranjero, nos estaremos refiriendo a los migrantes, pese a que no son la única categoría jurídica dentro del grupo extranjeros.

efecto, "Chile es uno de los países que no está preparado para enfrentar los desafíos de la globalización en materia migratoria"[2].

Con todo, esta nueva realidad, en el caso de nuestro país, y bajo la lógica de la securitización, como ya desarrollaremos, es vista de forma negativa. Dicha lógica vuelve necesario someter a escrutinio la normativa chilena migratoria, específicamente en lo que a respeto al principio de igualdad ante la ley se refiere, toda vez que, bajo las máximas de la seguridad nacional, se optó por una política pública restrictiva y poco inclusiva de la población extranjera, con amplios márgenes de discrecionalidad administrativa.

En el presente escrito deseamos reflexionar en torno a la justificación y alcance de la diferenciación existente entre nacionales y extranjeros. Para una adecuada comprensión de las políticas públicas relativas a la población extranjera, es necesario dar cuenta del motivo que justifica una normativa especial. Del mismo modo, establecido o no dicho motivo, es menester estudiar la medida en que es posible dar aplicación a la referida diferenciación, es decir, en que materias es posible realizar la referida distinción entre nacionales y extranjeros. Por último, deseamos referirnos al margen decisional con que cuenta la Administración del Estado conforme a la actual normativa migratoria vigente; identificando parámetros que deberán ser satisfechas en los actos administrativos que correspondan, ya que toda discrecionalidad no puede devenir en arbitrariedad.

De esta forma, en un primer acápite nos referiremos al estado de la cuestión respecto al trato diferenciado que el Estado puede realizar respecto a los migrantes, para, en un segundo acápite, referirnos a las dificultades que la técnica legislativa, por medio del recurso a la discrecionalidad administrativa, plantea para evitar tratos discriminatorios.

II. TRATO DIFERENCIADO PARA CON LOS MIGRANTES

Aunque resulte una obviedad, la consideración de los migrantes como personas cuya única diferencia con los nacionales de un país es el vínculo jurídico que mantienen con el Estado al cual ingresan, resulta ser el punto de partida de cualquier análisis que se pretenda. En efecto, la consideración de los migrantes como sujetos de derecho distinto a los nacionales radica en dicha atributos: la nacionalidad.

Sobre el particular, PÉREZ SERRANO ha señalado, respecto de la relación existente entre nacionales y extranjeros, "los primeros están sujetos al *imperium* estatal por razón de su misma condición de nacionales, por el vínculo que los une con la comunidad espiritual (Nación) y por la política (Estado), lazo que supone intimidad de conexión, título de cooperaciones y motivo de obediencia, y que no desaparece por la ausencia del territorio. En cambio, los extranjeros sólo a través de éste, y mientras dure su estancia allí, están sometidos al Estado (cuestión independiente es la de sus bienes)"[3]. Cabe destacar que dicha permanencia no requiere ánimo de residencia permanente.

[2] BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda (2015). "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios". *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n° 2, p. 119.
[3] PÉREZ SERRANO, Nicolás (1994). *Tratado de Derecho Político.* Madrid: Civitas, p. 115.

Es decir, toda vez que los extranjeros no acceden a la nacionalidad del país en el que habitan, no han declarado su intención de alcanzar una máxima identificación con la sociedad de acogida[4], por lo que no se les aplica el estatuto de estos, sino un estatuto especial, rigiéndose por las leyes del Estado, toda vez que están en su territorio, y no, además, en una relación personal[5].

Con todo, es menester incorporar otros elementos de juicio. En efecto, como plantea JELLINEK, "la subjetividad [jurídica] se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la evolución total de la cultura, según la cual, en el Estado moderno, todo hombre está sometido de algún modo al poder del Estado, es al propio tiempo, frente a él, persona. Por esto, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no, permanentemente a este Estado, [por ser nacional de él,] el que, siquiera sea transitoriamente, se encuentre sometido al poder de un Estado extraño, no sólo es considerado como *subditus* del mismo, sino también como *cives temporarius*, que si bien tienen deberes públicos tiene a su vez derechos de esta naturaleza"[6].

De esta forma, es posible señalar que, desde la perspectiva de los derechos humanos, existe un mismo orden normativo aplicable a nacionales y extranjeros, y fuera del cual existe un marco basado en el principio de territorialidad. Es decir, "se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional, independiente del régimen normativo territorial"[7].

Así las cosas, es del todo imperativo que, aun cuando los extranjeros migrantes carezcan del vínculo de nacionalidad, a su respecto deben reconocerse, por ser persona humana, todos los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico nacional asegura, debido a que el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental establece un reconocimiento general, no sólo restringido para los nacionales[8], de forma que resulta secundaria la distinción entre nacionales y extranjeros en relación a la titularidad y ejercicio de los derechos subjetivos públicos, al considerarse la creciente internacionalización de los

---

[4] Aquello es sin perjuicio de mantener su cultura y tradiciones propias, debiendo evitarse formas de asimilación.

[5] Si bien a ciertos extranjeros se les permite sufragar en los procedimientos eleccionarios, aquello se debe a que, sin nacionales, han alcanzado un cierto arraigo en la comunidad política que les acoge, de forma que se autoriza su participación.

[6] JELLINEK, Georg (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 380.

[7] Tribunal Constitucional (TC), rol N° 2273-2012-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 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° 21.751-2012*. Sentencia de 4 de julio de 2013, cons. 29.

[8] Sobre el particular, ALDUNATE LIZAMA estima que lo anterior llama fuertemente la atención, debido a que, en derecho comparado, si se observa una diferenciación entre derechos fundamentales de individuos e individuos nacionales (ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2010). *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile: Legal Publishing, p. 152).

derechos humanos[9], salvo las distinciones expresas. En tal línea el Tribunal Constitucional, en su sentencia de causa Rol N° 2273 señaló que, a partir del correcto análisis del epígrafe del artículo 19 de la Constitución, se puede concluir que la "titularidad genérica [que] no sólo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente"[10] Constituyendo "la distinción entre extranjero y nacional como una de las llamadas distinciones sospechosas, en la medida que requiere una habilitación constitucional previa"[11].

Por lo anterior, respecto a los extranjeros migrantes, *prima face*, debe existir un "respeto del principio de igualdad y no discriminación, el que se compone por los elementos de no discriminación, igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, [que] no solo implica la abstención por parte del Estado de realizar acciones que produzcan situaciones de discriminación *de jure*, sino que también *de facto*"[12].

Ahora bien, el adecuado cumplimiento de este principio resulta ser un aspecto de capital importancia en materia migratoria, toda vez que "la condición de extranjero abarca una serie de categorías sospechosas de discriminación arbitraria, tales como raza, etnia, idioma y, por cierto, [la] nacionalidad"[13]. Ellos ha llevado a hablar de una verdadera condición de vulnerabilidad de los extranjeros migrantes, es decir, aquella "condición en que se encuentran los no nacionales, producto de no residir en sus Estados de origen, y de afrontar dificultades por las diferencias idiomáticas y culturales; dificultades económicas y sociales; y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, en razón de su situación migratoria"[14], habiendo ya figurado en los casos conocidos por la Corte Interamericana de Derecho Humanos "la consideración del desarraigo como un contexto particular que requiere un tratamiento diferenciado y que puede generar violaciones de derechos humanos, emerge como una perspectiva relativamente reciente [...] en el análisis de los casos"[15].

Con todo, es legítimo que el Estado pueda realizar diferencias entre nacionales y extranjeros migrantes en el control de ingreso al país. Dicha facultad ha sido reconocida en diversos tratados internaciones sobre derechos humanos[16], como en el artículo 19 N° 7 a) de nuestra Constitución[17]. Empero, ello no es absoluto, puesto que los límites para la

---

[9] ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1998). "El estatus constitucional de extranjeros". *Revista de Derecho (Concepción)* n° 203, p. 306.

[10] TC, rol N° 2273-2012-INA, cons. 29.

[11] GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2013). "Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. N° 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N° 2257-12-INA". *Estudios* Constitucionales, vol. 11, n° 2, p. 776.

[12] DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia Andrea (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,* vol. 43, n° 1, p. 193.

[13] BASSA y TORRES 2015: 112.

[14] OLEA RODRÍGUEZ, Helena María (2015). "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Eunomía. Revista en Cultura de la* Legalidad, vol. 9, p. 251.

[15] OLEA, 2015: 251.

[16] Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 33. 1. b de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y artículo 2 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en el que Viven.

[17] DOMÍNGUEZ, 2016, p. 193.

afectación de un derecho fundamental, conforme al artículo 19 N° 26 de la Constitución, exige que no se debe afectar el núcleo esencial del derecho, la afectación debe ser realizada mediante una ley, además que la medida debe ser proporcional; a lo que cabe sumar, conforme al artículo 19 N° 2, la proscripción de arbitrariedad.

A nivel internacional, la Observación N° 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidad se ha referido al particular, señalando que se deben "utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación, […] no basta[ndo] con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora […] y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse"[18].

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de su Opinión Consultiva N° 18, estimó que la diferencia entre una distinción fundada, en criterios objetivos y razonables y una discriminación, que carece de estos elementos no es aceptable, agregando que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, son exigencias del *ius cogens*[19].

Por último, deseamos referirnos a la eventual diferencia que el Estado puede realizar entre los propios extranjeros migrantes: regulares e irregulares.

El artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Trabajadores Migratorios y sus Familiares establece que *a) Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte; b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo.*

Como puede apreciarse, la diferencia capital entre un extranjero en situación regular y un extranjero en situación irregular radica en torno a si el ingreso ha sido o realizado conforme a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico[20]. Dicha diferencia resulta ser del todo lógica, toda vez que supone un trato diferenciado debidamente justificado. En efecto, como hemos dicho, el Estado tiene la facultad para determinar los requisitos de ingreso a su territorio, de forma que existe un primer estatuto jurídico que debe cumplir quien desee ingresar a un determinado territorio. Así, entonces, en caso de incumplir con dicha barrera, su permanencia al interior del país resulta ser contraria a derecho, actuando el estatuto jurídico relativo a la permanencia de forma hostil a su

[18] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 27*. Nueva York: 2 de noviembre de 1999, p. 3.
[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr.101.
[20] En la Ley de Extranjería chilena, para la regularidad, se exige que el ingreso a territorio nacional sea por paso habilitado, portando una visa vigente (de ser requerido), y que no concurran causales de prohibición o impedimento de ingreso a su respecto.

respecto, salvo en aquellas normas que establecen un conjunto de deberes, como las administrativas[21].

Es decir, respecto del extranjero existen dos estatutos jurídicos respecto a los cuales este debe someterse: entrada y permanencia. El primero establece las condiciones bajo las cuales un extranjero puede ingresar al territorio del Estado, expresión de su soberanía; mientras que el segundo, regula la situación del migrante una vez ha ingresado al país. Respecto a estas existe una actitud diferenciada en relación al extranjero: para las normas que imponen deberes, es indiferente la calidad migratoria, mientras que aquellas que permiten acceder a ciertos derechos, tanto políticos como sociales, presuponen la calidad migratoria regular.

El problema resulta ser evidente, ¿son plenamente justificadas las diferencias hechas en materia de acceso a derechos sociales? Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que los Estados pueden "establecer diferencias de trato entre migrantes autorizados o documentados y no autorizados o indocumentados, siempre que sean razonables, objetivas, proporcionales y no lesionen derechos humanos[22]. De lo contrario, se generaría un estatus legal precario, conforme al que el Estado contribuye, en base a la irregularidad migratoria, a limitar el acceso de los migrantes a los derechos; y que se proyecta en la normativa interna[23].

III. AMPLIA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: EL GRAN PROBLEMA DE LA NORMATIVA MIGRATORIA CHILENA

En este segundo apartado deseamos analizar una de las mayores críticas que surge en torno a la actual normativa migratoria chilena, y que, a la postre, constituye uno de los espacios en que es más factible vulnerar el adecuado trato que, en base al principio de igualdad, en los términos y con las precisiones expresadas, se exige para con los extranjeros migrantes, especialmente en lo que dice relación con las discriminaciones *de jure* y *de facto*.

"En la discrecionalidad habitualmente se enfrentan dos posiciones: a) por un lado, quienes la homologan con facilidad al abuso en el ejercicio del poder (arbitrariedad), lo que la transforma en una institución sospechosa que requiere de un fuerte sistema de control, y b) por la otra, quienes la entienden como una competencia estructural de sistema legal. Sin ella no es posible disponer de razones medidas de intervención para dar solución a

[21] De allí, por ejemplo, es que la medida de expulsión tenga un doble carácter: medida de restablecimiento de la legalidad (infracción de las normas de ingreso) y sanción administrativa (infracción a normas de permanencia).
[22] Corte IDH, *OC-18*, párr. 103.
[23] THAYER CORREA, Luis Eduardo, STANG, Fernanda y ABARCA, Cristóbal (2016). "Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos. Una aproximación a la regulación migratoria de Argentina y Canadá". *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, vol. 16, n° 2, p. 15.

problemas públicos en las sociedades modernas"[24], suponiendo una verdadera franquicia para que la Administración pueda elegir la solución aplicable a un caso concreto[25].

La discrecionalidad, empero, no es absoluta, toda vez que, al ser la máxima del derecho público el sometimiento irrestricto al principio de legalidad, esta solo dispondrá de un margen decisional reducido y sujeto a una serie de criterios de control (elementos reglados, hechos determinantes, fin de la potestad, error manifiesto de apreciación, razonabilidad de la decisión, proporcionalidad y motivación de la decisión[26], debiendo el legislador evitar consagrar amplias cláusulas competenciales.

Esta es la gran dificultad que se presenta en nuestro actual ordenamiento jurídico. Puesto que "la regulación normativa vigente da paso a una eventual afectación del derecho a la igualdad ante la ley, en atención al amplio margen de discrecionalidad que el […] D.L. N° 1094 le entrega a la autoridad administrativa"[27].

En efecto, a lo largo de la regulación de la Ley de Extranjería, se aprecia un conjunto de disposiciones que confieren una máxima discrecionalidad a la autoridad migratoria, propia del modelo de gobernabilidad migratoria de securitización, el que "tiene como eje de las políticas migratorias de seguridad nacional, social, cultural y laboral del país receptor"[28]. Empero, también se observa una "mirada costo-beneficio de los procesos migratorios, que luego adquiere centralidad en el paradigma de la gobernabilidad migratoria"[29].

Una de las primeras disposiciones en tela de juicio es el artículo 13 de la Ley de Extranjería, el cual establece que *"las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones".*

Dicha norma contempla, de esta forma, que las facultades de visación con que cuenta la Administración quedan sujetas a tres parámetros: conveniencia del extranjero para el país, utilidad del extranjero para el país y reciprocidad internacional. Así las cosas, salvo la reciprocidad internacional, la Administración no dispone de parámetro de valoración objetivo u objetivable para la concesión de una visa, quedando abierto su criterio a tantos

---

[24] CORDERO VEGA, Luis, "Esa incómoda relación entre la discrecionalidad y proporcionalidad en el Derecho Administrativo". *El Mercurio Legal*, Santiago de Chile, 27 de septiembre de 2018. Disponible en http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/09/27/Esa-incomoda-relacion-entre-la-discrecionalidad-y-proporcionalidad-en-el-Derecho-Administrativo.aspx

[25] CASSAGNE, Juan Carlos. *La discrecionalidad administrativa.* Disponible en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf, p. 12.

[26] BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1996). "El control de la discrecionalidad administrativa". *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 17, pp. 279-280.

[27] BASSA y TORRES 2015: 114.

[28] MÁRMOLA, Leilo (2010). "Modelos de gobernabilidad migratorio. La perspectiva política en América del Sur". *Política Internacional de Movilidad Humana*, vol. 35, p. 76.

[29] 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". *Polis. Revista Latinoamericana*, vol. 44, p. 89.

supuestos de beneficio o utilidad como pueda pensarse, volviendo imposible una adecuada y general prognosis. De esta forma, el acto administrativo que se dicte conforme a tales facultades, queda sujeto a un alto estándar de fundamentación.

Respecto a este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derecho o alternaciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno"[30]. Además, "no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país"[31].

Otra norma cuestionable, es el artículo 15 N°s 1 y 4 de la Ley de Extranjería, relativo a la prohibición de ingreso. Allí se establece que *"se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado; 4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social"*.

En cuanto al primer numeral, la Corte Suprema ha estimado que, para estar ante un ejercicio legítimo de las facultades que ha conferido el ordenamiento jurídico, la medida exige el respeto de los derechos de las personas y una necesaria razonabilidad de la decisión, sobre la base de una adecuada motivación fáctica[32].

Respecto a la segunda causal aludida, esta presenta las mismas dificultades que el caso anterior, toda vez que exige dar cuenta de la forma en que el particular constituiría una carga social. No siendo suficiente el hecho de ser invocada. Además, la técnica legislativa presenta dificultades, pues es imprecisa en la formulación de la expresión carga social.

Por último, una tercera norma que deseamos comentar, es la contenida en el artículo 45 inciso 2 del D.L. 1094, relativa a los supuestos para exigir un visado consular de turista. La norma señala que *"no obstante, por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá establecer mediante decreto supremo, firmado por los Ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, la obligación para los turistas de obtener un registro previo de sus pasaportes en el Consulado Chileno correspondiente o por quien lo represente"*.

[30] TC, rol N° 2273-2012-INA, cons. 7.
[31] TC, rol N° 2273-2012-INA, cons. 13.
[32] Corte Suprema (CS), rol N° 7080-2017, *Noriega (Lorenzo Spairani) contra Intendencia de Santiago*. Sentencia de 7 de marzo de 2017, conss. 4, 6 y 7.

Dicha disposición, de forma similar al artículo 13, fija como parámetros de actuación el interés nacional y la reciprocidad internacional. Respecto a la segunda, se aplica lo dicho previamente. En cambio, en lo concerniente al parámetro interés nacional, toda vez que constituye una restricción a la libertad de circulación, se exige un adecuado desarrollo de los motivos que llevan a la autoridad a exigir tal requisito, por cuanto la afectación de un derecho fundamental no puede quedar sujeta únicamente a decisiones políticas, sino que requiere una adecuada argumentación en torno a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en la causa rol N° 4757, este se pronunció sobre la constitucionalidad del decreto supremo que exige visado consular de turismo para los ciudadanos de Haití, estimando que no existe una discriminación arbitraria en dicha medida, toda vez que el ordenamiento jurídico permite exigir dicho visado, no discriminando a nacionales de otros países. Es decir, por la propia naturaleza del decreto, como por mandato legal, se debe efectuar una diferencia basada en la nacionalidad[33], "correspondiendo a una política de Estado sobre la migración, más o menos acertada, pero en ningún caso inconstitucional"[34], quedando suficientemente fundamentada en el acto impugnado[35].

Con todo, el problema resulta ser que, pese a ser un acto político, de igual manera le es exigible un adecuado desarrollo de sus fundamentos, debiendo explicitarse de forma circunstanciada los motivos por los cuales la Administración decide ejercer sus atribuciones, satisfaciendo las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. De lo contrario, se vuelve ilusoria la garantía de igualdad y no discriminación, no obstante, la distinción en base a la nacionalidad sea procedente.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conforme a todo lo dicho, es necesario establecer un sistema conforme al que debe analizarse si tendrá lugar o no una afectación del principio de igualdad y no discriminación respecto de los migrantes con ocasión del ejercicio de las facultades discrecionales con que cuenta la Administración.

En primer lugar, la Administración se encuentra limitada tanto por el principio de legalidad, como por los derechos de los cuales los extranjeros son titulares. Es decir, toda vez que los extranjeros son titulares, salvo excepciones expresas, de los mismos derechos de los nacionales, e independiente de su situación migratoria, no es lícito para la Administración realizar diferencia alguna.

[33] Tribunal Constitucional (TC), rol N° 4757-2018. *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados, respecto del Decreto Supremo Nº 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*. Sentencia de 19 de julio de 2018, cons. 17.
[34] TC, rol N° 4757-2018, cons. 12.
[35] TC, rol N° 4757-2018, conss. 10 y 11.

Con todo, en el caso de que las medidas den aplicación a las diferencias constitucionalmente permitidas[36], su aplicación al caso concreto debe estar adecuadamente fundamentada, acreditando el supuesto de hecho que le de aplicación, como de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Mismo análisis desde realizarse respecto a aquellas situaciones en que se adopte una medida que no diga relación con derechos que tengan como fundamento el carácter mismo de persona, las eventuales.

Solamente una adecuada ponderación y fundamentación del acto en particular, permitirá justificar una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, aun mas entre extranjeros regulares e irregulares, e impedir que el ejercicio de atribuciones discrecionales devenga en arbitrariedades.

V. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2010). *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda (2015). "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios". *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n° 2: 103-124.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1996). "El control de la discrecionalidad administrativa". *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 17: 275-284.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La discrecionalidad administrativa.* Disponible en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 27*. Nueva York: 2 de noviembre de 1999.

CORDERO VEGA, Luis, "Esa incómoda relación entre la discrecionalidad y proporcionalidad en el Derecho Administrativo". *El Mercurio Legal*, Santiago de Chile, 27 de septiembre de 2018. Disponible en http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/09/27/Esa-incomoda-relacion-entre-la-discrecionalidad-y-proporcionalidad-en-el-Derecho-Administrativo.aspx

DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia Andrea (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,* vol. 43, n° 1: 189-217.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2013). "Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. N° 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N° 2257-12-INA". *Estudios* Constitucionales, vol. 11, n° 2: 769-782.

[36] Léase que las disposiciones provenientes de los tratados internacionales sobre derechos humanos ingresan por el artículo 5 inciso 2 de la Carta Fundamental.

JELLINEK, Georg (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

MÁRMOLA, Leilo (2010). "Modelos de gobernabilidad migratorio. La perspectiva política en América del Sur". *Política Internacional de Movilidad Humana*, vol. 35: 71-92.

OLEA RODRÍGUEZ, Helena María (2015). "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Eunomía. Revista en Cultura de la* Legalidad, vol. 9: 249-272.

PÉREZ SERRANO, Nicolás (1994). *Tratado de Derecho Político.* Madrid: Civitas.

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". *Polis. Revista Latinoamericana*, vol. 44: 83-107.

THAYER CORREA, Luis Eduardo, STANG, Fernanda y ABARCA, Cristóbal (2016). "Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos. Una aproximación a la regulación migratoria de Argentina y Canadá". *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, vol. 16, n° 2: 11-43.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1998). "El estatus constitucional de extranjeros". *Revista de Derecho (Concepción)* n° 203: 301-350.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte Suprema (CS), rol N° 7080-2017, *Noriega (Lorenzo Spairani) contra Intendencia de Santiago*. Sentencia de 7 de marzo de 2017.

Tribunal Constitucional (TC), rol N° 2273-2012-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 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° 21.751-2012*. Sentencia de 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional (TC), rol N° 4757-2018. *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados, respecto del Decreto Supremo Nº 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*. Sentencia de 19 de julio de 2018.